



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di ricerca in
Diritto romano e diritto interno e sovranazionale
Indirizzo Processo di integrazione Europea e diritto internazionale
Dipartimento di Scienze giuridiche, della società e dello sport

IUS/11

**(S)BILANCIAMENTI TRA DIRITTI SOCIALI E
LIBERTÀ ECONOMICHE DELL'UNIONE EUROPEA.
Diritto di sciopero e libertà di contrattazione collettiva:
analisi a margine di alcuni casi giurisprudenziali.**

TESI DI
Marina Trafficante

IL COORDINATORE
Ch.mo Prof. A. Tancredi

IL TUTOR
Ch.mo Prof. M. Ferrante

CICLO XXV
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2016

INDICE

INTRODUZIONE	Pag. 3
--------------	--------

CAPITOLO I

I diritti sociali come diritti fondamentali e il loro spazio nel diritto dell'Unione

1. <i>I diritti sociali fondamentali</i>	
1.1. <i>Natura, tipologia e forza</i>	Pag. 5
1.2. <i>I diritti sociali fondamentali nelle costituzioni europee contemporanee. Brevi considerazioni.</i>	Pag. 11
2. <i>Il "faticoso" percorso dei diritti sociali nel processo di integrazione europea</i>	
2.1 <i>La "frigidità sociale" dei Trattati istitutivi</i>	Pag. 14
2.2 <i>Dall'Atto Unico Europeo al Trattato di Nizza</i>	Pag. 16
2.3 <i>Il Trattato di Lisbona e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'illusione di un "modello sociale europeo"</i>	Pag. 20
2.4 <i>La competenza in materia di social policy da Amsterdam a Lisbona</i>	Pag. 29
2.5 <i>I diritti sociali e il ruolo della Corte di Giustizia europea. Rinvio.</i>	Pag. 36
2.6 <i>Il diritti sociali e la giurisprudenza della Corte Edu. Rinvio.</i>	Pag. 42

CAPITOLO II

La protezione della libertà sindacale fra diritto dell'Unione, Corti internazionali e Costituzioni degli Stati membri

1. <i>La libertà sindacale e il diritto dell'Unione:</i>	
1.1. <i>L'articolo 155 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e i diritti collettivi dei lavoratori. Introduzione</i>	Pag.46
1.2. <i>La libertà sindacale e il diritto di sciopero nella Carta di Nizza</i>	Pag. 50
1.3. <i>La libertà di contrattazione collettiva</i>	
1.4. <i>nella Carta di Nizza</i>	Pag. 52
1.5. <i>L'articolo 11 della Cedu. Tutela dei diritti collettivi dei lavoratori e giurisprudenza della Corte di Strasburgo</i>	Pag. 60
2. <i>La libertà sindacale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: un bilanciamento "sbilanciato" con le libertà economiche dell'Unione</i>	
2.1. <i>Il caso Viking</i>	Pag. 65
2.1.1. <i>Principali questioni decise dalla Corte</i>	Pag. 68
2.2. <i>Il caso Laval</i>	Pag. 72
2.2.1. <i>Principali questioni decise dalla Corte</i>	Pag. 73
2.3. <i>Il caso Rüffert</i>	Pag. 80
2.3.1. <i>Principale questione decisa dalla Corte</i>	Pag. 80
2.4. <i>Il caso Commissione contro Lussemburgo</i>	Pag. 83
2.4.1 <i>Principali questioni decise dalla Corte</i>	Pag. 84

2.5.	<i>Il caso Commissione contro Germania</i>	Pag.
2.5.1.	<i>Principali questioni decise dalla Corte</i>	Pag.
3.	<i>Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà fondamentali secondo la Corte</i>	
3.1.	<i>Il Viking quartet</i>	Pag. 90
3.2.	<i>Il bilanciamento “sbilanciato” in Viking e Laval</i>	Pag. 91
3.3.	<i>Rüffert e l’identità costituzionale tedesca</i>	Pag. 96
3.4.	<i>La nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia fino al caso Commissione contro Lussemburgo</i>	Pag. 97
3.5.	<i>La sentenza Commissione contro Germania e le conclusioni dell’avvocato generale</i>	Pag. 101
4.	<i>L’Unione cerca di intervenire sul piano legislativo: proposta Monti II, un’occasione “mancata”</i>	Pag. 102

CAPITOLO III

Le conseguenze dell’asimmetria tra diritti sociali e libertà fondamentali e le possibili soluzioni al problema

1.	<i>Gli effetti della giurisprudenza del Viking quartet</i>	Pag. 106
1.1.	<i>La teoria dei contro limiti</i>	Pag. 110
1.2.	<i>Il sistema multilivello di protezione dei diritti</i>	Pag. 114
1.3.	<i>Prospettive di adesione dell’Unione europea alla Cedu. Effetti sulla tutela dei diritti sociali</i>	Pag. 118
2.	<i>Dumping sociale tra tutela dei diritti e istanze dei Paesi newcomers</i>	Pag. 130
3.	<i>I diritti sociali in tempo di crisi globale</i>	Pag. 134

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	Pag. 141
----------------------------------	----------

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	Pag. 145
----------------------------------	----------

APPENDICE	Pag. 159
------------------	----------

Introduzione

Il presente lavoro prende le mosse dalla discutibile giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'unione Europea (allora della Comunità europea) nei noti casi *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Commissione contro Germania* e *Commissione contro Lussemburgo*.

In queste pronunce la Corte, nonostante il persistente *vuoto* di competenze dell'Unione in tema di sciopero e contrattazione collettiva, diventa protagonista di un bilanciamento tra diritti sociali di libera esplicazione dell'autonomia collettiva e libertà economiche garantite dal Trattato, assegnando preminenza alle seconde.

Il percorso interpretativo della Corte, lungi dall'esaurire i suoi effetti alle sole sentenze citate, rischia di "aprire un vaso di Pandora" nella misura in cui mette in luce le diverse debolezze del processo di integrazione: un'Unione che non riesce a "decollare" in senso sociale e che rimane pesantemente *economico-centrica*; la natura trasversale e "illimitata" delle competenze economiche europee che giunge a toccare settori esplicitamente esclusi dal Trattato; lo scarso rispetto verso diritti sociali di rilevanza costituzionale negli ordinamenti interni dimostrata dai suoi Giudici; l'inoperatività del meccanismo di garanzia che dovrebbe discendere dalla cd. *tutela multilivello dei diritti*.

Tutto ciò in uno scenario di crisi globale che, più di tutti, riversa i suoi effetti sui diritti sociali e pone seri dubbi sulla loro effettività e Giustiziabilità.

Di tutti questi aspetti, e di altri ancora, si cercherà di dare contezza nel lavoro che segue.

In particolare l'indagine, che si articola in tre capitoli, comincia con un sommario riferimento alle principali teorie generali sui diritti sociali, che ne individuano natura e forza.

Successivamente, dopo un accenno ai diversi modelli "sociali" riconosciuti dagli ordinamenti dei diversi Paesi membri dell'Unione, si analizzerà il percorso che ha condotto una Comunità Europea strettamente mercantilistica verso un'Europa "a vocazione" sociale.

Nel secondo capitolo, si entrerà nel vivo della ricerca, procedendo all'analisi dei "diritti classici di cittadinanza industriale" ad esercizio collettivo: il diritto di contrattazione collettiva ed il diritto di ricorrere ad azioni collettive. Sarà

rivolta attenzione all'evoluzione dei Trattati istitutivi dell'Unione, all'inclusione della sfera sociale tra gli obiettivi di questa, e all'analisi delle previsioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Uno spazio del capitolo sarà dedicato alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e alla giurisprudenza della sua Corte.

Particolare attenzione sarà rivolta alla giurisprudenza della Corte di Giustizia nelle sentenze *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Commissione contro Germania* e *Commissione contro Lussemburgo*, cercando di valutare l'incidenza di queste pronunce sulla concreta fruibilità dei diritti sociali nell'ambito delle relazioni di lavoro.

Infine, l'ultimo capitolo avrà ad oggetto la ricerca di possibili soluzioni, effettive o "palliative", all'asimmetria tra diritti sociali e libertà economiche, gli scenari "futuribili" della attuale crisi globale e il suo impatto su questi diritti.

Capitolo I

I diritti sociali come diritti fondamentali e il loro spazio nel diritto dell'Unione

1. I diritti sociali fondamentali

1.1. Natura, tipologia e forza

Definire i tratti salienti dei diritti sociali e il loro progressivo affermarsi all'interno dell'Unione europea vuol dire individuare le tappe salienti del processo che ha portato un'Europa "socialmente frigida o algida"¹, di impronta strettamente economica, a quel modello sociale europeo che è ancora *in fieri* e che desta ancora tanto interesse, delineando un *discorso sui diritti sociali*² ancora irrisolto. Questo delicato percorso evolutivo, lento ma costante³, risulta scandito dalle diverse tappe dell'integrazione europea, dai Trattati istitutivi fino all'approvazione del Trattato di Lisbona, ed integrato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia.

L'analisi degli elementi definatori dei diritti sociali parte necessariamente da alcuni dati di fatto, come si vedrà, difficili da smentire: la mancanza di univocità in dottrina circa la definizione dei diritti sociali e la difficoltà di desumerne una nozione unitaria e omogenea dai testi normativi, nonché di ricostruirne una categoria attraverso l'individuazione di pretesi elementi comuni⁴.

¹ F. Mancini, *Democrazia e costituzionalismo dell'Unione europea*, Bologna, 2004, p. 259 ss.

² L'espressione è di C. Pinelli, *Il discorso sui diritti sociali fra costituzione e diritto europeo*, in (a cura di C. Salvi) *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, 2012, pag. 121 e ss.

³ Secondo D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in www.gruppodipisa.it, una delle caratteristiche della costruzione europea, in ambito sociale, è data proprio dalla scelta di "avanzamenti lenti e costanti, anche se in qualche caso 'contraddittori e opachi' sulla strada dell'integrazione".

⁴ Z. Grandi, *Diritti sociali e diritti nel lavoro*, Torino, 2006.

Alcuni autori sottolineano come sia improprio l'uso del termine, non accompagnato dalla consapevolezza della molteplicità dei significati (e quindi della assoluta genericità e atecnicità della nozione). Corso G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, Riv. trim. dir., 1981, pag. 783. Secondo altri, "pochi oggetti di analisi sono però così difficili da dominare, se non si abbandonano certi pregiudizi e certe acquisizioni della tradizione, come il vasto campo che identifichiamo con l'ellittica espressione "diritti sociali". Le ragioni delle difficoltà sono ormai note, e si radicano nella storia profonda delle idee e delle istituzioni politiche, che ha determinato una netta divaricazione fra diritti di libertà e diritti sociali, nella quale i primi hanno finito per collocarsi al centro, ed i secondi ai margini della riflessione teorica". Luciani M., *Sui diritti sociali*, in Romboli R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, pag. 80 e ss.

In tale ambito l'analisi giuridica, spesso, non riesce ad essere scevra da considerazioni metafisiche, ideologiche, sociologiche e, da ultimo, economiche, che ne hanno appesantito la disamina e che rischiano di avallare pericolose istanze di una "esecrabile rievocazione dell'annosa dicotomia diritti fondamentali - diritti sociali"⁵.

L'espressione diritti fondamentali si presenta come "aperta e relativa"⁶: in essa vi rientrano sia istanze riferite all'uomo in senso stretto (come nel caso dei cd. *diritti umani*) sia "ambiti, casi, circostanze, oppure società, ordinamenti giuridici o morali"⁷ e, in particolare, è "rispetto a questi che si può (o si deve) dire se (o che) siano fondamentali"⁸.

Secondo la tesi tradizionale, alla base di una attuale teoria generale del diritto⁹, nell'ampio *genus* diritti fondamentali si assiste da una bipartizione tra diritti il cui contenuto consiste in un obbligo in capo allo Stato di astensione o di non interferenza (cd. diritti di libertà) e diritti che al contrario pongono in capo allo Stato un *facere*, necessario alla loro completa attuazione. Quest'ultimi sarebbero i cd. *diritti sociali*.

Tali diritti sono definiti anche di *seconda generazione*, perché vengono storicamente riconosciuti in momento successivo rispetto i diritti fondamentali generali, ovvero a partire da quel momento di delicato passaggio da Stato liberale monoclasse a Stato democratico pluriclasse, cui fanno da moltiplicatore l'industrialismo e la democratizzazione dei meccanismi decisionali¹⁰.

L'affermazione di nuovi principi, quali quelli di libertà positiva, uguaglianza sostanziale, dignità umana e liberazione dai bisogni, che si affiancano alla nozione di libertà negativa, prima di tale momento al centro di

⁵ M. L. Serrano, *Sul carattere fondamentale dei diritti fondamentali*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2009, n. 70. Secondo L. Palombella "Se qualcosa è *fondamentale*, dal punto di vista giuridico, ciò dipende, e non può che dipendere, da criteri giuridici. Una teoria generale deve tenere conto di tutto ciò; e come tale deve riconoscere i propri diversi confini, rispetto alle filosofie o alle etiche dei diritti umani. Non può conseguentemente utilizzare criteri etici [...] L. Palombella, *Diritti fondamentali. Argomenti per una teoria* in www.swif.uniba.it, 1999, pag. 11 ss.

⁶ L. Palombella, pag.12

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ R. Guastini, *Diritti*, in *Analisi e diritto*, 1994, pag. 168

¹⁰ A partire dalla Costituzione di Weimar del 1919 nel costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra comincia delinearsi uno stretto rapporto fra democrazia, forma di Stato e diritti fondamentali.

tutto secondo la visione di stampo liberista, contribuisce a definire un nuovo equilibrio tra individualità e socialità.

Non più solo l'*uguaglianza* della tradizione classica, diretta a rimuovere quelle discriminazioni fondate sulle differenze di sesso, di religione e razza, ma un più ampio concetto di uguaglianza che ritiene intollerabili le differenze che riguardano il piano economico e sociale, fondate sulla capacità di reddito¹¹.

Si prende consapevolezza che la personalità dell'individuo (soggetto di bisogni) non si realizza soltanto attraverso la proprietà, ma che oltre "l'azione trasformativa del mondo esterno, cioè attraverso il lavoro, si unisce anche la graduale costruzione di un modello antropologico nuovo che, pur senza distruggere completamente le fondamenta del vecchio, vi innesta un elemento imprescindibile, fino al momento misconosciuto: la società"¹².

L'individuo, con i suoi bisogni, non più soltanto rilevante *uti singulo*, viene collocato all'interno di un ambiente, la *societas*, che al pari dello Stato, rappresenta una forma di svolgimento e di realizzazione della personalità dell'individuo.

Già da tali brevi considerazioni si può intuire come la difficoltà del riconoscimento di questi diritti, all'interno della dimensione europea, fonda le sue radici nella natura stessa di questi diritti: "diritti a prestazioni" o "aspettative positive" riconosciuti come diritti fondamentali¹³ ma sprovvisti di quel carattere di universalità che è tipico dei diritti di libertà e politici.

Si tratta, infatti, di diritti della persona concretamente situata in un determinato contesto, nel quale, per ragioni culturali, sociali, fisiche o sociologiche, la stessa viene a trovarsi in condizioni sfavorevoli rispetto a quelle di altre persone o gruppi di persone¹⁴.

Non sono *diritti di tutti*, ma diritti dettati dalle diverse condizioni dalle quali dipende il bisogno di protezione. Diritti che istituiscono in favore dei loro titolari l'aspettativa di una prestazione, che può essere realizzata generalmente

¹¹ Si veda A., *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000.

¹² P. Costa, *Alle origini dei diritti sociali "Arbeitender staat" e tradizione solidaristica* in Gozzi G. (a cura di), *Democrazia, diritti e costituzione*, Bologna, 1997.

¹³ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, 1998, n. 2, p. 3 ss

¹⁴ M. V. Ballestrero, *Giustizia globale e diritti oltre la dimensione nazionale*, in *Vivere la democrazia, costruire la sfera pubblica*, AA. VV., 2008, pagg. 163 ss.

attraverso l'intervento pubblico diretto oppure attraverso l'attività dei privati, se e quando ciò ne consenta l'effettiva realizzazione¹⁵.

Si tratta comunque pur sempre di diritti fondamentali e "indivisibili", che possono trovare limitazioni soltanto in presenza di diritti di pari rango e nel bilanciamento prevalgono sui diritti che non godano dello *status* di diritti fondamentali¹⁶.

In una democrazia pluriclasse, una concezione della libertà limitata alla sola libertà naturale o negativa, originaria di ogni individuo in senso giusnaturalistico, che l'ordinamento si limita a riconoscere e limitare solo ove configgente con la libertà altrui, si palesa come inadeguata. "Il nuovo concetto di libertà deve riflettere la nuova idea di destinatario dei diritti: non più il singolo, sovrano assoluto del suo spazio vitale, ma una persona, un concetto più complesso che si riferisce sia all'uomo *uti singulus* sia all'*homme situé*¹⁷, all'uomo considerato nelle sue relazioni interpersonali e come relazione sociale"¹⁸.

Alla libertà negativa che impone ai pubblici poteri l'obbligo negativo di non interferire nella sfera di autonomia garantita all'individuo, si affianca la libertà positiva e, più in particolare, la *equal liberty*, "la libertà uguale, in altre parole, la libertà che implica un atteggiamento fattivo affinché quanto garantito a tutti a livello formale lo sia anche a livello sostanziale" e che presuppone un nuovo concetto di eguaglianza, in senso sostanziale, ovvero "un'uguaglianza nel punto di arrivo"¹⁹.

Nella nuova forma di Stato sociale "devono trovare cittadinanza le due anime dei diritti sociali²⁰: quella *pluralista*, partecipativa, che richiama l'idea del diritto sociale come integrazione e si concretizza nei diritti sociali cd. di partecipazione, e quella *personalista*, tesa ad assicurare la fruizione di servizi e

¹⁵ F. Mancini, *Democrazia e costituzionalismo dell'Unione europea*, Bologna, 2004, p. 259 ss.

¹⁶ Cfr. M.V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti* in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2007 n.55.

¹⁷ Secondo la classica espressione di Burdeau G., *Traité de science politique*, VI, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, pag. 361.

¹⁸ A. Baldassarre *Diritti sociali*, in Enc. Giur. Treccani vol XI Ist. Enc. It Roma, 1989, p. 6. Come emerge chiaramente dai lavori dell'Assemblea costituente, si volle sottolineare il riconoscimento dei diritti sociali anche attraverso l'aggregazione in formazioni sociali. Secondo le parole di Aldo Moro (1947) "la persona umana non è soltanto il singolo, che non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato".

¹⁹ N. Bobbio, *Eguaglianza ed egualitarismo*, Riv. int. fil. dir., 1976, p. 326- 330 p. 326-330

²⁰ D.Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, 2003, pag. 44.

beni essenziali (quindi, dei diritti sociali cd. di prestazione) a ciascuno dei consociati come condizione indispensabile a liberare i meno abbienti dalla schiavitù del bisogno e a metterli in condizione di potersi avvalere, anche di fatto, di quelle libertà politiche che di diritto sono proclamate come eguali per tutti²¹”.

Non sempre l'obbligo di *facere* posto in capo allo Stato è sufficientemente specificato e ciò concorre a conferire ai diritti sociali una natura squisitamente programmatica, che spesso è un limite alla loro effettiva realizzazione, collocandoli “in un limbo, pregiuridico, sin quando non siano dettagliatamente definiti dalla legge (con la corrispondente copertura amministrativa ed economica)”²².

Se, dal punto di vista strettamente strutturale, come si è visto, il diritto sociale richiede una prestazione allo Stato, ciò non deve indurre in confusione circa il contenuto del diritto stesso, che non è certo la pretesa della prestazione, ma il bene giuridico che il diritto stesso mira a tutelare: il bene salute, il bene istruzione, il bene lavoro, etc.

Inoltre, è utile ribadire che la prestazione dello Stato, necessaria all'attuazione del diritto sociale, come già anticipato, dipende da diverse variabili quali risorse, decisioni politiche, preferenze, politica economico-sociale adottata nell'erogazione delle prestazioni pubbliche.

Pertanto, la diversificazione delle prestazioni, il suo indirizzarsi ad una cerchia (più o meno ristretta) di soggetti destinatari con la conseguente esclusione di altri è connaturata all'idea stessa di diritto sociale ed è necessariamente legata alle risorse e alle contingenze del momento storico.

Nel caso del diritto alla salute, ad esempio, è di lapalissiana evidenza affermare che tutti abbiamo diritto alla salute ma ciò non necessariamente implica il nostro diritto a ricevere le *stesse* prestazioni dallo Stato. D'altronde

²¹ P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà* in Id., *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, p. 200.

²² Ciò ha portato autori ad affermare che i diritti sociali non dipendono tanto (o soltanto) dal legislatore ma per lo più dalla disponibilità delle risorse. Fra tutti, vedi M.S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile* in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di G. Mortati*, Milano, 1977, pag. 141 e ss. Viceversa, per quanto riguarda i diritti di libertà (es. diritto alla vita, all'espressione, al pensiero, all'invulnerabilità del domicilio, all'iniziativa economica etc) la loro garanzia è più semplice perché spesso soddisfatta dalla “stessa separazione dei poteri e dalle singole definizioni organizzative che le costituzioni dispongono verso il legislativo, verso l'esecutivo e verso il giudiziario” G.Palombella, *op. cit.* pag. 15.

siffatta interpretazione, espressione di una concezione di uguaglianza puramente formale, comporterebbe uno svuotamento del principio dell'uguaglianza sostanziale e un affievolimento della tutela del diritto stesso.

Invece l'effettiva tutela del bene salute deve necessariamente passare attraverso la "diversificazione delle prestazioni a seconda dei bisogni"²³.

Secondo una delle teorie maggiormente dominanti²⁴, i diritti sociali, seppure rientranti tra i diritti *fondamentali*, si distinguono per alcune precise caratteristiche, spesso in conflitto tra di loro, ovvero:

- I. si tratta di *diritti antimaggioritari* perché sottratti alla decisione politica ordinaria.

Mentre un diritto "fondamentale" costituzionalmente garantito è sottratto a valutazione e contingenze politiche, non così un diritto sociale, inteso *quale obbligo di una specifica prestazione statale che* "deve variare con il mutare delle condizioni concrete del 'patto sociale' tra proprietà e lavoro, tra produzione e consumo, tra poteri e elettori, tra *welfare* e fasce dei suoi clienti, tra forze sociali (sindacati) e partiti politici, tra maggioranze e minoranze"²⁵.

Ovviamente ciò non riguarda l'*an* di questa tutela che può e deve essere sottratto alla contingenza politica, poiché sempre di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti si discute, ma la misura di tali diritti, ovvero il *quantum* o il *quomodo*.

- II. sono *qualitativamente differenti dalla proprietà*;
- III. sono consistenti in *un obbligo di prestazioni dello Stato*.

La prestazione richiesta dai diritti sociali, come visto, ne costituisce la struttura. Perciò, è intuitivo osservare che necessariamente questa deve essere almeno ben individuata, determinata, perché elemento essenziale del diritto stesso. Quando ciò non accade, si è di fronte ad un lacuna della legge.

²³ Ciò vale sia in relazione alla salute o malattia, che costringono lo stato ad attività diverse (nel primo caso solo preventive, nel secondo curative), sia eventualmente in relazione alle risorse o alla volontà dei singoli (in quest'ultimo caso, la rinuncia alla prestazione statale, con il ricorso a strutture sanitarie private si configura come una rinuncia ad un diritto irrinunciabile, se veramente il diritto consistesse nel ricevere una prestazione statale).

²⁴ L. Ferrajoli, *op. cit.*, pag. 40.

²⁵ *Ibidem*.

1.2. I diritti sociali fondamentali nelle costituzioni europee contemporanee. Brevi considerazioni.

Nel costituzionalismo successivo alla seconda guerra mondiale, negli Stati membri dell'Unione si assiste alla positivizzazione di nuove tipologie di diritti fondamentali fondate su una stretta integrazione fra la nozione di libertà e quella di eguaglianza, che si affiancano alle libertà negative prima unicamente tutelate, ovvero i diritti sociali²⁶.

La "libertà dal bisogno"²⁷ che trova tutela nelle costituzioni nazionali attribuisce al singolo il diritto ad esigere dallo Stato delle prestazioni che assicurano alla persona un minimo di sicurezza²⁸ e di Giustizia sociale. "Liberi ed eguali in dignità e diritti", come afferma la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo²⁹.

Nelle costituzioni contemporanee, non sempre è possibile individuare un *nucleo comune* agli stati membri circa il riconoscimento e la protezione dei principali diritti sociali³⁰.

Le garanzie predisposte per questi diritti consistono, a volte, nella previsione di clausole generali di protezione dello Stato sociale, altre volte nella positivizzazione dei diritti sociali fondamentali e di principi costituzionali fondamentali e dipendono dal tipo di consolidamento e di maturità democratica del costituzionalismo del relativo Paese³¹.

Ci sono poi casi in cui l'assenza di positivizzazione di tali diritti, come nel caso dell'ordinamento del Regno Unito³², non porta automaticamente ad un *minus* di tutela dei diritti sociali: si pensi, per l'appunto alle politiche in materia di salute e di servizi sociali dello stesso sistema britannico.

²⁶ S. Gambino, *I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo* in www.federalismi.it, 2012.

²⁷ Cfr. N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, in *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, a cura di G. Neppi Modona, Torino, 1997; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 124.

²⁸ Cfr. N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, *op. cit.*, p. 122.

²⁹ *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* firmata a Parigi il 10 dicembre 1948.

³⁰ Tra cui diritto al lavoro, diritto all'istruzione e alla formazione, diritto all'abitazione, diritto alla salute, diritto alla sicurezza sociale, diritto alla cultura, diritto a un ambiente salubre.

³¹ S. Gambino, *op.cit.*, pag. 4.

³² Il Regno Unito, risaputamente, non dispone di un testo costituzionale formalizzato in quanto tale.

Tra i Paesi europei è possibile riconoscere astrattamente tre diversi modelli di tutela dei diritti sociali, individuabili per caratteristiche affini e area geografica di appartenenza. Sinteticamente:

1) *Modello del Nord Europa* (Danimarca, Irlanda, Regno Unito, Scandinavia, Austria, Germania)

Modello di tipo liberale classico, secondo cui la Costituzione dovrebbe limitarsi a disposizioni meramente programmatiche in materia dei diritti fondamentali, rimettendo al legislatore di disciplinare le singole e specifiche situazioni giuridiche meritevoli di protezione. I diritti sociali si atteggiavano essenzialmente come direttive rivolte ai pubblici poteri, prive di valore cogente³³. Si tratta di un modello intermedio agli altri due, per il quale i diritti sociali vengono inseriti nelle costituzioni nazionali come obiettivi di politica pubblica, senza però che il costituente ne predisponga un catalogo.

Questo modello non deve erroneamente indurre alla conclusione che questi Stati difettino di un sistema diffuso e parimenti efficace di protezione dei diritti sociali, come già accennato nel caso britannico.

2) *Modello del Centro Europa* (Belgio, Lussemburgo, Svezia, Finlandia, Francia, Grecia)

Le costituzioni di questi Paesi, seppure a intensità differenziata, riconoscono al loro interno i diritti fondamentali sociali, apprestando ognuno gradi di tutela diversa, a volte attraverso la protezione giudiziaria, a volte escludendone il giudizio costituzionale.

3) *Modello dell'Europa Centro Meridionale* (Italia, Spagna, Portogallo)

Si tratta del modello che appresta, tra tutti, il grado di riconoscimento e protezione dei diritti sociali più alto.

Nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo, ad esempio, il catalogo costituzionale dei diritti sociali "risulta avere un'ampiezza e una sistematicità

³³ Nella dottrina italiana, cfr., fra gli altri, G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1981, p. 757.

inusuali”³⁴ cui viene accordata la tutela propria dei diritti costituzionali. Uno *standard* molto elevato di protezione dei diritti sociali che si contrappone agli altri ordinamenti costituzionali contemporanei che spesso finiscono per attribuire protezione affievolita a questi ultimi rispetto a quella prevista per le libertà negative.

Tuttavia, all’analisi comparatistica dei diritti sociali si contrappongono i risultati del piano fattuale, spesso sorprendenti: “non può non cogliersi lo stridente contrasto tra la loro previsione come diritti universali e assoluti e il relativo, spesso deprimente, grado di effettività. L’argomento a giustificazione di una simile situazione è dato dal fatto che i diritti sociali costano e lo Stato [...] conosce seri problemi di fiscalità”³⁵.

In sintesi, si può affermare che, in materia di diritti sociali, è difficile parlare di tradizione costituzionale comune a tutti gli Stati membri dell’Unione, appurata l’esistenza di almeno tre modelli differenziati di positivizzazione dei diritti sociali nei testi costituzionali e nelle legislazioni nazionali, che riflettono *standard* differenziati di tutela secondo la tradizione politica e culturale di ciascun Paese.

Un ultimo accenno va rivolto al caso di quei Paesi (tra cui l’Italia) in cui la tutela dei diritti sociali è compito demandato al giudice costituzionale, in quanto custode dei diritti. E’ logico affermare che, in questi casi, le tecniche giurisdizionali utilizzate da parte dei giudici costituzionali finiscano per condizionare concretamente il grado di effettività degli stessi diritti: attraverso il bilanciamento fra interessi di pari rango, e quindi tra beni costituzionali ugualmente meritevoli di tutela, si tracciano limiti e confini dei diritti fondamentali.

La Corte costituzionale finisce per assumere spesso un ruolo di “vero e proprio legislatore positivo, le cui ambiguità tuttora preoccupano la più attenta dottrina in Italia, come più in generale la dottrina costituzionale europea (e non solo), quando si pone l’interrogativo (che fu già proposto da Giovenale) sul *quis custodiet ipsos custodes*”³⁶.

³⁴ S. Gambino, *op. cit.*, pag. 5.

³⁵ Di recente, fra gli altri, cfr. anche D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello fra tutele giuridiche e crisi economica*, G. Razzano, *Lo ‘statuto’ costituzionale dei diritti sociali* e L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, tutti in *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Atti Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa” (Trapani, 8-9 giugno 2012), in www.gruppodipisa.it.

³⁶ S. Gambino, *op. cit.*, pag. 7.

2. Il “faticoso” percorso dei diritti sociali nel processo di integrazione europea.

2.1. La “frigidità sociale³⁷” dei Trattati istitutivi

La ricostruzione del “percorso” compiuto dai diritti sociali all’interno dell’Unione richiede un’indagine rivolta non soltanto alla produzione normativa dell’Unione, ma anche e, soprattutto, all’attività pretoria della Corte di Giustizia, che in tale campo ha esercitato un ruolo tutt’altro che marginale³⁸.

Il riconoscimento dei diritti sociali, dal Trattato di Roma fino al recente Trattato di Lisbona, definito una “faticosa marcia”³⁹, richiama “l’immagine d’una perigliosa anabasi⁴⁰” di questi diritti nell’ordinamento dell’Unione secondo un percorso non sempre lineare, parallelo ai profondi cambiamenti della “costituzione economica comunitaria”.

L’estraneità di qualsiasi riferimento alla protezione dei diritti fondamentali, nel trattato di Roma del 1957⁴¹ e ancor prima in quello di Parigi del 1951, rifletteva pienamente l’idea di una Comunità europea di stampo strettamente economico e funzionale .

Tale estraneità, in quegli anni, non venne percepita come una falla del sistema, perché si escludeva unanimemente che un’istituzione di tipo economico quale quella comunitaria avrebbe avuto “possibilità di incidere sui diritti umani”⁴². La protezione dei diritti fondamentali, secondo tale punto di vista, poteva considerarsi già adeguatamente soddisfatta dagli ordinamenti (costituzionali) nazionali, nonché rafforzata dalla Convenzione di Roma, di cui

³⁷ F. Mancini, *op.cit.*, p. 259 ss.

³⁸ Lo spazio riservato ai diritti sociali dal diritto comunitario comincia soprattutto quando la Corte di Giustizia, dalla fine degli anni '60 in poi, riconosce i diritti fondamentali tra i principi generali del diritto comunitario di cui la Corte medesima garantisce l'osservanza, tenuto conto delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e degli strumenti internazionali concernenti la tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno aderito. Ciò a partire dalle sentenze *Stauder* (C-29/69, 12 novembre 1969), *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70, 17 dicembre 1970), e poi attraverso sentenze successive, come *Nold* (C-4/ 73, 14 maggio 1974), *Rutili* (C-36/75, 28 ottobre 1975), *Washauf* (C-5/88, 13 luglio 1989).

³⁹ B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *RGL*, I, 2000, pag. 719.

⁴⁰ S. Giubboni, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Quad. dir. Lav.* 2004, 27, pag. 9

⁴¹ Trattati CEE CECA ed EURATOM firmati a Roma nel 1957.

⁴² S. Giubboni, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Diritto dell'UE*, 2003, 8 p. 326.

tutti gli stati membri erano parte e che poteva essere considerata una garanzia più che sufficiente anche nei confronti delle istituzioni comunitarie⁴³.

Il silenzio dei trattati in materia era giustificato dal timore degli Stati membri di un'indebita e incontrollabile espansione delle competenze dell'Unione (e di conseguenza del suo giudice, la Corte di Giustizia)⁴⁴ in una materia strettamente costituzionale quale quella dei diritti fondamentali e, ancor di più, nell'ambito di quelli sociali, ontologicamente diretti (come si è visto) ad imporre obblighi agli stati, necessari per la loro attuazione. Timore che, ancora oggi, non può dirsi del tutto abbandonato.

Si pensava che già di per sé la creazione del mercato comune avrebbe comunque rafforzato le capacità di effettiva garanzia di tali diritti da parte degli Stati membri, innalzando il livello di protezione da questi autonomamente assicurato all'interno dei rispettivi ordinamenti.

Seppur l'allora primo ministro francese Guy Mollet aveva avanzato la proposta di armonizzare gli ordinamenti sociali degli stati aderenti, che allora si basavano su sistemi di *welfare* molto simili, la stessa cadde nel nulla.

Si preferì, per prudenza o per paura, il silenzio dei Trattati istitutivi.

Tuttavia tra gli obiettivi dell'Unione vi era quello di parificare verso l'alto, garantendo il livello più alto di tutela, le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori dell'Unione⁴⁵.

Ma anziché intervenire con strumenti di tutela diretti⁴⁶, ci si affidò al libero gioco delle forze di mercato, in base ad una visione keynesiana, secondo cui la stessa cooperazione e lo sviluppo economico avrebbero fatto da moltiplicatore al conseguente sviluppo e alla tutela dei diritti sociali, in particolar modo quelli dei lavoratori.

Gli Stati membri, per escludere qualsiasi espansione di competenze comunitarie, ripudiarono l'idea del "*Bill of rights* e l'estensione delle competenze centrali a scapito delle unità nazionali"⁴⁷, come nel modello statunitense.

Ne venne fuori un sistema di Europa a "due livelli": quello *economico* basato sull'idea dell'integrazione e dell'armonizzazione degli ordinamenti degli

⁴³ M. Cartabia, *Commento all'articolo 51*, in R. Bifulco (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, p. 345 ss.

⁴⁴ S. Giubboni, 2004, *op.cit.*

⁴⁵ Articolo 2 del Tce.

⁴⁶ Cfr. M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. del dir.*, 2000, n. 3, p. 367.

⁴⁷ Cfr. S. Giubboni, *op.cit.*, pag.12.

Stati membri, volto a rafforzare mercato unico, stabilità economica e crescita; e quello *sociale*, che volutamente rimaneva di competenza degli Stati membri e che si sviluppava in modo differenziato.

Per quanto riguarda gli altri strumenti internazionali di protezione dei diritti umani, nemmeno in questi veniva riservato grande peso ai diritti sociali.

La CEDU non prevedeva (e non prevede) un catalogo di diritti sociali, accordando tutela prevalentemente ai diritti classici del costituzionalismo e solo di riflesso qualche diritto di seconda generazione.

La Carta sociale europea del 1961 (poi modificata nel 1996) prevedeva sì tutela indivisibile ai diritti fondamentali dell'uomo, con conseguenti vincoli giuridici in capo agli stati e una forma di controllo quasi giurisdizionale ma, non essendo un atto comunitario ma del Consiglio d'Europa⁴⁸, non poteva incidere sull'*acquis* comunitario.

Pertanto, la politica sociale europea "market-making"⁴⁹ e non "market-breaking", era strettamente funzionale e secondaria rispetto alla integrazione economica⁵⁰.

2.2 Dall'Atto Unico Europeo al Trattato di Nizza

Seppure limitatamente alla sola materia dei diritti dei lavoratori, ancora nell'ottica di una Comunità più economica che politica, l'Atto Unico europeo e la

⁴⁸ Il Consiglio d'Europa è un'organizzazione internazionale il cui scopo è promuovere la democrazia, i diritti dell'uomo, l'identità culturale europea e la ricerca di soluzioni ai problemi sociali in Europa. Il Consiglio d'Europa fu istituito il 5 maggio 1949 col Trattato di Londra e conta oggi 47 stati membri.

La sede istituzionale è a Strasburgo, in Francia, nel Palazzo d'Europa. Lo strumento principale d'azione consiste nel predisporre e favorire la stipulazione di accordi o convenzioni internazionali tra gli Stati membri e, spesso, anche fra Stati terzi. Le iniziative del Consiglio d'Europa non sono vincolanti e vanno ratificate dagli Stati membri.

I principali organi del Consiglio d'Europa sono: il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il Segretario generale del Consiglio dell'Unione europea, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e il Congresso dei poteri locali e regionali. Il Consiglio d'Europa non fa parte dell'Unione europea.

⁴⁹ Cfr. B. I. Montari, *Harmonization of social policies in the EC and the EFTA countries*, 1993, pag. 140.

⁵⁰ Si leggano nel Trattato di Roma gli articoli 48-50 sulla libera circolazione dei lavoratori, l'articolo 123, che istituisce il fondo sociale europeo e infine gli articoli 117-122, che sanciscono l'impegno della Comunità nel miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei cittadini europei, nonché la parità di trattamento tra uomo e donna, ma lasciano primazia agli obiettivi di stabilità economica e monetaria così come stabiliti dal Patto di stabilità e crescita.

Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori⁵¹ segnano il primo (timido) ingresso formale dei diritti sociali nel diritto comunitario.

L' Atto Unico, infatti, prevedeva una serie di politiche settoriali di stampo interventista nel settore dell'occupazione⁵², coerentemente all'idea che il mercato comune costituiva il mezzo più idoneo a creare piena occupazione.

Con la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, per la prima volta, veniva proclamato un catalogo di diritti sociali europei, che però non acquistò mai forza vincolante, a causa del rifiuto del Regno Unito a sottoscriverla.

Per queste ragioni si pensò, durante i lavori preparatori del Trattato di Maastricht, di attuare una sorta di "compromesso" secondo il quale le competenze della Comunità venivano estese a settori sociali fino a quel momento esclusi, senza modificare le disposizioni sociali presenti nel Trattato, ma predisponendo un Protocollo e un Accordo (ai quali il Regno Unito continuava a rimanere estraneo) sulla politica sociale che riscrivevano gli articoli del Trattato in materia, sancendo le modalità di intervento della Comunità in quest'ambito⁵³.

Entrambi gli atti entravano a fare parte dell'*acquis communautaire*, come diritto primario, vincolante per tutti gli stati membri eccetto il Regno Unito.

Ciò nonostante, la politica sociale europea rimase, comunque, affidata principalmente alla politica interna degli stati membri, che ne custodivano il primato in materia, mentre la Comunità era chiamata a intervenire solo per azioni di completamento dell'azione degli Stati attraverso direttive e prescrizioni minime.

I diritti sociali entravano in gioco quando gli Stati e la Comunità erano chiamati ad applicare il diritto comunitario, ma gli obiettivi economici continuavano ad essere la finalità principale e l'oggetto primo della loro azione .

Continuavano a rimanere esclusi dalle competenze della Comunità il diritto a un'equa retribuzione, il diritto di associazione sindacale e il diritto di sciopero, espressione di tradizionali diritti sociali.

⁵¹ La *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori* è stata firmata il 9 dicembre 1989 da tutti gli Stati allora membri della Comunità meno la Gran Bretagna.

⁵² Cfr. F. Carinci , A. Pizzoferrato, *Costituzione europea e diritti sociali fondamentali*, in *Lavoro e Diritto*, 2000, n. 2, pag. 286.

⁵³ Cfr. E. Pagano, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 169

Il Trattato di Maastricht ha introdotto il principio di sussidiarietà⁵⁴, secondo il quale l'Unione può intervenire nei settori che non sono di sua competenza esclusiva soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in modo sufficiente dagli Stati membri.

Applicato in materia di politica sociale, il principio permetteva agli Stati di conservare l'esclusività dell'azione, rimettendo alla Comunità, tramite diritto derivato, la garanzia di *standard* comuni di tutela dei diritti sociali, volti a evitare fenomeni di *dumping* sociale tra i membri.

Inoltre, veniva riconosciuta la contrattazione collettiva a livello europeo e l'obbligo, per la Commissione europea, di consultare le organizzazioni rappresentative di lavoratori e imprenditori.

Questo originario modello sociale europeo non subì sostanziali modifiche nel successivo Trattato di Amsterdam del 1997, il cui preambolo per la prima volta faceva esplicito riferimento "ai diritti sociali fondamentali così come sono riconosciuti dalla Carta sociale europea firmata a Torino nel 1961 e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, del 1989".

Il Trattato del 1997, seppure con i limiti di cui si parlerà, segna il momento in cui vengono formalmente riconosciute quelle "interdipendenze sistematiche tra mercato e moneta unica, occupazione e protezione sociale⁵⁵", che generano l'esigenza di conciliare il piano economico comunitario con quello

⁵⁴ Secondo l'articolo 5 del Trattato UE (ex articolo 5 del TCE):

1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.

2. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.

3. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione.

Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo.

4. In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati.

Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

⁵⁵ M. Ferrera, *Le trappole del welfare. Uno stato sostenibile per l'Europa del XXI secolo*, Bologna 1998, p.98.

sociale, anche a tutela “della legittimità democratica e della stessa capacità di tenuta dell'intero processo integrativo”⁵⁶.

Si continuava ad escludere dalla competenza comunitaria il diritto ad un'equa retribuzione, il diritto di associazione sindacale nonché il diritto di sciopero e di serrata lasciati alla competenza statale, e secondo l'art.140, rimessi tra le materie di collaborazione tra gli stati membri.

Dall'altro, si prevedevano nuovi diritti tra cui la protezione dei dati personali, il diritto di accesso ai documenti e altri diritti in materia di politiche di occupazione⁵⁷.

Ma l'adesione piena della Gran Bretagna alla politica sociale europea costituisce senza dubbio la novità maggiore del Trattato di Amsterdam, con la conseguente abolizione del protocollo 14 di Maastricht e l'approvazione di nuovi articoli (dal 136 al 145) che riproponevano interamente il contenuto dell'Accordo sulla politica sociale nel Trattato.

Ancora debole si presentava, però, la tutela dei diritti da parte della Corte di Giustizia poiché dalle disposizioni del Trattato non derivavano obblighi diretti in capo agli Stati in materia di politica sociale, continuandosi a trattare di azioni di “sostegno e completamento” (art. 137 par. 1).

L'unico diritto da sempre ritenuto direttamente applicabile dalla Corte e, pertanto, parametro di legittimità degli atti comunitari o interni nei suoi ricorsi, era quello in materia di parità di trattamento tra lavoratrici e lavoratori⁵⁸.

Permaneva, quindi quella caratteristica asimmetria tra *libertà economiche fondamentali*, direttamente garantite dal Trattato ai singoli, e *diritti sociali*, semplici “linee direttive per l'attività della Comunità e degli Stati membri” secondo le parole della stessa Commissione⁵⁹, situazioni soggettive di rango fondamentale ma non direttamente azionabili.

⁵⁶ *Ibidem*, pag. 98.

⁵⁷ Cfr. P. Magno, *Diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea dopo Amsterdam*, in *Il diritto del lavoro*, 1998, parte 1, p. 123

⁵⁸ Secondo il quale ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. Secondo la dottrina sviluppata in *Van Gend en Loos* si tratta di disposizione dal contenuto direttamente applicabile.

⁵⁹ Cfr. Commissione delle Comunità europee, *Per l'affermazione dei diritti fondamentali è tempo di agire. Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali presieduto dal Professor Spiros Simitis*, Bruxelles, 1999, pag. 7.

Infatti “quelli che impegnavano la Comunità e gli Stati membri sono gli interessi sociali presentati in forma di obiettivi [...], e sono questi l’oggetto della tutela da parte del Trattato [...]. I diritti restarono invece sullo sfondo e l’opportunità del loro soddisfacimento fu collegata alla necessaria realizzazione degli obiettivi sociali. Essi tornarono, insomma, al loro stato di *Reflexrechte*”⁶⁰.

2.3 Il Trattato di Lisbona e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: l’illusione di un “modello sociale europeo”

Le sollecitazioni del Parlamento europeo⁶¹ volte ad avviare le procedure per l’adesione dell’Unione alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, nonché alla Carta sociale del Consiglio d’Europa erano state a lungo disattese.

In occasione del Consiglio europeo di Colonia del 1999 si ribadiva la necessità di “elaborare una Carta di (...) diritti al fine di sancirne in modo visibile l’importanza capitale e la portata per i cittadini dell’Unione”, che potesse comprendere, oltre ai diritti di libertà e uguaglianza, e ai diritti procedurali fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario, anche “i diritti economici e sociali quali sono enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l’azione dell’Unione”⁶².

L’idea di base era quella di sancire in modo visibile la tutela dei diritti fondamentali quale principio fondatore dell’Unione europea e presupposto indispensabile della sua legittimità.

Il compito di elaborare la Carta è stato affidato dal Consiglio dell’Unione (così chiamato prima di Lisbona) ad un organo (la “Convenzione”) composto da delegati di capi di Stato e di governo degli

⁶⁰ Cfr. M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in Pol. del dir., 2000, n. 3, pag.382.

⁶¹ Si veda la Risoluzione del 17 settembre 1996.

⁶² Conclusioni della Presidenza (allegato IV).

Stati membri, un delegato della Commissione, delegati del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali.

Il 7 dicembre 2000 nel vertice di Nizza si è proceduto alla sua solenne proclamazione.

Successivamente il 12 dicembre 2007, in occasione di alcune (poco rilevanti) modifiche al testo originario, Consiglio, Commissione e Parlamento europeo hanno provveduto ad una nuova proclamazione della Carta che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, riceve efficacia giuridica e costituisce il testo di riferimento ufficiale.

E' con il Trattato di Lisbona che viene sancita la centralità della tutela dei diritti umani all'interno dell'Unione europea.

L'articolo 6 TUE espressamente dichiara:

1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

Pertanto la Carta, attraverso la tecnica del rinvio e del riconoscimento dello "stesso valore giuridico dei Trattati", diventa diritto primario dell'Unione e

acquista, pertanto, lo *status* di *hard law* europea ad efficacia orizzontale e diretta⁶³.

Il superamento del mero riconoscimento della Carta a favore della sua piena affermazione, nell'ambito dell'integrazione europea, traguardo più che importante, non risolve, tuttavia, tutti i problemi. In particolare, come si avrà modo di analizzare, "ridimensiona ma non riduce del tutto lo *iato* (una sorta di stigma dell'assetto istituzionale dell'U.E.) tra l'ambito (ancora limitato e selettivo) delle competenze sociali dell'Unione e i diritti sociali fondamentali, [...] punto di partenza e non punto di arrivo della creazione di uno *ius commune* europeo per quel che concerne i diritti fondamentali e i diritti sociali in particolare; ciò anche in ragione delle reazioni⁶⁴, prese di distanza e precisazioni degli Stati, che si sono tradotti in protocolli aggiuntivi e in rinnovate proposizioni da parte delle Corti costituzionali della teoria dei contro-limiti"⁶⁵.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ha il pregio di offrire un importante catalogo di diritti all'Europa, senza distinguere tra diritti civili e politici, da un lato, e diritti sociali, dall'altro, raggruppandoli in Capi, retti ciascuno da un principio fondamentale (*la dignità della persona umana; la libertà; l'uguaglianza; la solidarietà; la cittadinanza; la Giustizia*).

Riconosciuto come "fondamentale" il principio che regge i diritti sanciti nel relativo capo, la qualità di "fondamentale" si estende dal principio ai diritti. "Per questa via, oltre a superare la 'divisione', e con essa la gerarchia tra generazioni di diritti, la Carta supera anche quella riduzione dei diritti fondamentali ai soli diritti universalistici ed eguali, ancora sostenuta da quanti escludono i diritti sociali, che universali (nel senso dei primi) non sono, dal novero dei diritti fondamentali"⁶⁶.

⁶³ A. Alaimo, B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in *Working Papers Massimo D'Antona INT*, 2010, n. 82, pag. 4.

⁶⁴ Si fa riferimento alla reazione della Corte costituzionale tedesca nella *Lisbon Urteil BVerfG, 2 BvE 2/08* ove la Corte ha approvato il Trattato ma "con una serie di distinguo che ha fatto parlare addirittura di contropinta al processo di integrazione europea inferta da tale pronuncia"; si veda L. Violini, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona*, *Quad. cost.*, 2009, 4, pp. 947 ss.; S. Cassese, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, *Giorn.dir. amm.*, 2009, pp. 1003 ss.; v. pure L. M. Poiares Maduro Grasso, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?* *Dir. Un. Eur.*, 2009, 3, pp. 503 ss.

⁶⁵ A. Alaimo, B. Caruso, *op.cit.*, pag.5.

⁶⁶ M.V. Ballestrero, *op. cit.* pag.8.

Tra i diritti fondamentali vi sono infatti, oltre ai diritti di libertà, dignità ed eguaglianza (diritti della persona senza distinzione di sesso e di cittadinanza), i diritti della persona “situata”, vale a dire i diritti riservati a gruppi specifici della popolazione, tra cui i lavoratori, nonché i diritti propri dei soli cittadini dell’Unione.

La “tecnica valoriale o per principi” utilizzata dalla Convenzione ha permesso di collocare tutti i diritti su un piano paritario, evitando “la storica contrapposizione tra diritti sociali, il cui *status* giuridico è spesso oggetto di controversie negli ordinamenti degli Stati membri, e tutti gli altri diritti fondamentali”⁶⁷.

La stringatezza del testo, pensata per evitare qualsiasi “ipertrofica costituzionalizzazione dei diritti sociali”⁶⁸, mostra la sua natura di “compromesso dei compromessi costituzionali”, volto ad offrire un “minimo comune denominatore” accettabile dagli Stati membri, perché basato sulle loro comuni tradizioni costituzionali e sui loro comuni obblighi internazionali⁶⁹.

Come si vedrà *infra*, la Carta recupera due delle tre grandi esclusioni dal campo di intervento della Comunità (art. 137, n. 5, TCE), cioè il diritto di associazione sindacale e di negoziazione collettiva e il diritto di sciopero; mentre rimane escluso il diritto alla retribuzione equa e sufficiente.

La Carta dei diritti fondamentali recepisce *l’acquis communautaire* formatosi sia per effetto dell’*hard law* rappresentato dai trattati e del *soft law* delle varie Carte (tra cui anche Convenzioni dell’Organizzazione internazionale del lavoro), oltre alla giurisprudenza della sia Corte di Giustizia, che, sia “pure facendo perno sul principio di non discriminazione o mostrando di offrire tutela a determinate libertà economiche, ha in non rari casi offerto protezione a veri e propri diritti sociali”⁷⁰.

Proprio per questi motivi, la protezione sociale della Carta riguarda un catalogo esteso di diritti che non si limita alle tematiche legate al diritto del lavoro, alla sicurezza sociale e ai beni e ai servizi d’interesse generale, ma che

⁶⁷ R.Bifulco, M.Cartabia, A.Celotto *op.cit.*, pag. 1.

⁶⁸ T. Treu, *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *Lavoro e Diritto*, 2000, n. 3, p. 429 ss.

⁶⁹ M.V. Ballestrero, *op.cit.* pag. 8

⁷⁰ P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell’ambito dell’Unione europea*, relazione alle Primeras Jornadas Internacionales de Justicia Constitucional (Brasil-Espana-Italia), Belém do Pará (Brasil), 25/26-8-2008 (in Consulta OnLine, <http://www.giurcost.org/studi/CostanzoBelem.htm>)

si estende anche a quelle connesse alla vita familiare, all'educazione, alle relazioni di genere, alle politiche contro l'esclusione sociale e alla tutela delle categorie deboli e disabili.

La Carta presenta limiti (non marginali) che finiscono per ridimensionare la portata complessiva di questo *Bill of rights*, affievolendo i diritti sociali quali diritti fondamentali e che meritano di essere esaminati.

Il primo limite è contenuto nell'art. 51 della Carta⁷¹, secondo cui le disposizioni della stessa si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, senza introdurre nuove competenze o nuovi compiti per l'Unione rispetto a quelli già definiti dai Trattati.

L'effetto che deriva da questo limite è quello di un sistema di diritti che "si vedono condizionati dal contenuto dei trattati e non viceversa, ricordandoci così la prevalenza nell'ordinamento comunitario dell'integrazione economica"⁷².

Quindi, si può affermare che la tutela dei diritti riconosciuti dalla Carta trova il suo primo limite nel riparto di competenze tra Unione e Stati membri, autoescludendo la sua applicazione in materie non sottoposte alla competenza comunitaria.

Il secondo limite, invece, attiene alla generale tutela accordata ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta, che sono inderogabili non nella loro interezza ma soltanto nel loro "contenuto essenziale": l'art. 52, infatti, nel rispetto del principio di proporzionalità, legittima limitazioni di tali diritti "laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse

⁷¹ L'articolo 51 recita:

1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati.

2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati.

⁷² G. Maestro Buelga, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, pag. 89 ss.

generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui"⁷³.

Questa formula, di non facile interpretazione, sembra riconoscere la possibilità che un diritto sociale fondamentale possa essere limitato ove in conflitto con una delle libertà economiche garantite dai Trattati, e manifesta una certa "timidezza verso il tema dei diritti sociali e chiusura nei confronti di qualsiasi politica normativa in cui il tema del libero mercato non sia collocato al primo posto"⁷⁴.

Sempre l'articolo 52, inoltre, sottolinea che le disposizioni della Carta possono essere invocate dinanzi a un giudice, solo per il controllo di interpretazione e di legittimità degli atti adottati dall'Unione o dagli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione. Le disposizioni della Carta, quindi, hanno solo *efficacia orizzontale*, senza potere essere invocate direttamente da parte dei cittadini, ma solo in via mediata, ove i diritti fondamentali del singolo siano violati nell'applicazione del diritto dell'Unione.

Nonostante il Trattato di Lisbona abbia conferito alla Carta il medesimo valore dei Trattati, la scelta di non includerla formalmente nel testo del Trattato stesso, ma quale atto separato, ha indotto la dottrina interrogarsi circa le ragioni e gli effetti di questa scelta.

⁷³ L'articolo 52 recita:

1. *Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.*

2. *I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti.*

3. *Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.*

4. *Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni.*

5. *Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.*

6. *Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta.*

7. *I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta.*

⁷⁴ A. Somma, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, 2003, p. 97 ss.

Secondo alcuni, questa scelta nasconde una volontà del legislatore comunitario di dare alla Carta un valore giuridico sì simile a quello dei Trattati, ma *comunque* a questi sottoposto⁷⁵.

Secondo altri, invece, la sua collocazione esterna ai Trattati sarebbe un pregio e non una debolezza, in quanto consente alla Carta di essere maggiormente fruibile da parte del singolo, nonché più vicina alla fortunata tradizione di testi quali la Dichiarazione universale dei diritti umani e la CEDU, con il chiaro intento di privilegiarla quale testo autonomo di riconoscimento dei diritti fondamentali⁷⁶.

Il riferimento contenuto all'articolo 6 del Trattato alle "spiegazioni della Carta"⁷⁷ necessita alcuni chiarimenti. Le spiegazioni sono utili strumenti per interpretare le disposizioni della Carta, ma non sono certo giuridicamente vincolanti.

Secondo parte della dottrina, il loro richiamo nel Trattato riflette la chiara volontà politica di tracciare i confini dell'attività interpretativa della Corte di Giustizia, costringendola a "percorsi già battuti" attraverso il richiamo esplicito alle fonti normative extraeuropee.

In relazione ai diritti sociali questa interpretazione può comportare una certa mortificazione delle disposizioni della Carta, posto che la CEDU, che rappresenta senz'altro il maggiore referente della Carta, in quanto sfornita di un catalogo di diritti sociali, non può intervenire in aiuto nell'interpretazione di quei

⁷⁵ Fra gli altri F. Pocar, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova 2001, p.1179 ss., e A. Barbera, *La Carta dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Diritto Unione Europea*, 2001, p. 241 ss.

Si ricordi, inoltre, che la scelta di collocare la Carta quale atto separato dal Trattato fu scelta obbligata vista l'opposizione di diversi Stati membri, ma soprattutto del Regno Unito.

⁷⁶ Si vedano A. Spadaro, *Sulla giuridicità della Carta europea dei diritti: c'è ma per molti non si vede*, in G. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, pag. 257 ss; S. Sciarra, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001; U. De Siervo, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani. A proposito della Carta dei diritti fondamentali*, in *Dir. Pubbl. comp. Ed. eur.*, 1/2001, pag. 153, A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'UE? Appunti preliminari* in *Giur. Cost.* 1/2001, pag. 194 ss.

⁷⁷ Le spiegazioni della Carta elaborate dalla Convenzione del 2000 e riadattate per la nuova versione della Carta (2007), raccolgono e specificano le indicazioni dei criteri interpretativi della Corte di Giustizia e contengono riferimenti anche a testi extracomunitari (come la CEDU e la Carta sociale europea), come principi generali del diritto comunitario. Con tale scelta si vuole ribadire che i principi della Carta non sarebbero del tutto nuovi ma richiamandosi a questi testi ribadiscono diritti già conosciuti nel diritto dell'Unione.

diritti che per loro natura più rischiano di entrare in conflitto con le libertà economiche da un lato, e di alterare il riparto di competenze dall'altro.

L'interpretazione dei diritti sociali, quindi, rimane ancorata alle sole disposizioni di diritto derivato, quasi mai particolarmente permissive, ma sibillantemente orientate ad evitare il rischio di una lettura (pericolosamente) troppo ampia degli stessi.

Il Trattato di Lisbona, seppur non riserva grandi novità nei titoli del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea riguardanti la politica sociale (X, ex tit. IX) e l'occupazione (IX, ex tit. VIII), contiene significative innovazioni nei titoli di apertura, sia del TUE che del TFUE.

Soprattutto le norme del TUE (artt. 2 e 3), che enunciano i valori e gli obiettivi dell'Unione⁷⁸ post modifica, dimostrano come “il pendolo non sia fermo sull'Europa economica, ma si stia spostando verso l'Europa sociale”⁷⁹.

La scelta del legislatore comunitario di introdurre diversi riferimenti alla materia sociale nel corpo del Trattato, costituisce, per certi aspetti, una “dispersione” che opera come un limite, perché rimette l'efficacia del trattato in tale materia alla capacità e alla volontà dell'interprete di “leggere” le varie previsioni all'interno di un comune quadro di riferimento.

L'articolo 2 del TUE, quale norma di apertura chiaramente ispirata alla Carta di Nizza, ne richiama i valori e i principi come “comuni agli Stati membri”. Tra questi, la dignità, l'uguaglianza, la solidarietà e la parità tra uomini e donne.

L'articolo 3 del TUE, invece, cristallizza tra gli obiettivi quello di una “economia sociale di mercato”⁸⁰ fortemente competitiva [...] che mira alla piena occupazione e al progresso sociale”, affiancando quindi al mercato comune (dimensione economica dell'UE) la coesione economica e sociale dell'integrazione.

⁷⁸ C. Pinelli, *Il Preambolo, i valori, gli obiettivi*, in Bassanini, Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, 2010, p. 67.

⁷⁹ D. Gottardi, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, Relazione alle Giornate di studio AIDLASS, Parma, 4-5 giugno 2010.

⁸⁰ La formula è significativamente ripresa nell'importante e recente Comunicazione della Commissione [COM (2010) 2020 del 3.3.2010] che presenta, a dieci anni di distanza da Lisbona, una nuova strategia per l'Unione (la cd. “Strategia Europa 2020), strategia fatta propria dal successivo Consiglio europeo di Bruxelles del 25-26 marzo 2010; sulla nuova strategia e sull'impiego della formula “economia sociale di mercato” v. pure la *Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2010 sulla strategia UE 2020*.

Rispetto al previgente testo (ex art. 2 TUE) si assiste ad un (piccolo) capovolgimento: il mercato comune, da fine primario dell'integrazione europea, diventa strumento per la realizzazione dell'economia sociale di mercato, per il raggiungimento della piena occupazione e del progresso sociale. La sfera puramente economica diventa obiettivo intermedio, per la realizzazione del benessere sociale europeo.

La modifica della disposizione dimostra la forte valorizzazione della dimensione sociale: gli obiettivi dell'Unione vengono riscritti con riferimenti espliciti all'*economia sociale di mercato*, alla *piena occupazione*, al *progresso sociale*, alla *lotta all'esclusione sociale* e alle *discriminazioni*, alla *parità tra donne e uomini*, alla *solidarietà* e alla *coesione sociale*⁸¹.

In particolare, l'aggettivo "sociale" riferito all'economia di mercato ha posto l'accento sugli indispensabili meccanismi di correzione affinché tutta la società possa trarre benefici dal sistema economico di mercato e richiede una composizione armonica, un equilibrio, di valori, fini ed obiettivi sociali ed economici, nell'integrazione comunitaria⁸².

Il fatto che tale espressione non sia riportata anche all'interno del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, che preferisce la tradizionale formula dell'*economia di mercato aperta e in libera concorrenza* (artt. 119-120 TFUE) lascia un po' delusi e fa emergere la discrasia tra le due nozioni di economia di mercato⁸³: quella declinata in senso "sociale" rientrante tra gli obiettivi dell'Unione *versus* quella "aperta e in libera concorrenza" degli articoli del TFUE dedicati alla politica economica e monetaria.

"Qui il pendolo – per riprendere la metafora – sembra essersi fermato proprio a metà dell'oscillazione fra economia sociale ed economia di mercato"⁸⁴.

⁸¹ L'*elevato livello di occupazione* dei precedenti artt. 2 TUE e TCE viene convertito, nel Trattato di Lisbona, in «piena occupazione»; il «progresso economico e sociale», in «progresso sociale» e, per quanto concerne la crescita economica, si richiede che essa sia «equilibrata».

⁸² P. De Pasquale, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, p. 81. Pur attribuendo rilievo ai nuovi riferimenti, nell'art. 3, alla "dimensione sociale" e alla diversa collocazione della concorrenza, nel TFUE e nel Protocollo, l'autore ritiene, tuttavia, che non ci siano, nel nuovo TFUE, «consistenti alterazioni del sistema attraverso il quale si dà attuazione al principio di libertà di concorrenza» (cfr. gli attuali artt. 116, 119 e 120 TFUE).

⁸³ D. Gottardi, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, *Relazione alle Giornate di studio AIDLASS*, Parma, 4-5- giugno 2010.

⁸⁴ ALAIMO A., CARUSO B., *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in *Working Papers Massimo D'Antona INT*, 2010, n. 82.

2.4 La competenza in materia di social policy da Amsterdam a Lisbona

Si è visto come, con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, la *social policy* faccia formalmente ingresso nel sistema comunitario.

Secondo l'articolo 136 di tale Trattato⁸⁵, l'evoluzione in senso sociale dell'Europa sarebbe stata la risultante sia del "funzionamento del mercato comune che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia delle procedure previste dal presente trattato e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative".

L'articolo, quindi, puntava in particolare non tanto sull'armonizzazione dei diritti nazionali ma sul loro riavvicinamento.

Sulla scia di quanto già visto con il Trattato di Roma, la scelta chiara è stata quella di escludere un'attribuzione generale di competenze alla Comunità in materia sociale, lasciandola agli Stati membri⁸⁶ e, conseguentemente, escludere che la stessa possa adottare atti vincolanti, limitandosi all'adozione di pareri e raccomandazioni.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, all'Unione viene riconosciuta la possibilità di adottare direttive attraverso la procedura a maggioranza qualificata del Consiglio in cooperazione con il Parlamento, nelle materie di sua competenza, come, ad esempio, salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

⁸⁵ Art. 136 (ex articolo 117) : *"La Comunità e gli stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obbiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione.*

A tal fine, la Comunità e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e dalla necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità. Essi ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato comune che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia delle procedure previste dal presente trattato e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative."

⁸⁶ Anche la Corte di Giustizia ha affermato l'esclusività dell'azione statale in materia sociale, ad esempio, nei casi *Torfaen* (Causa C- 145/88 del 23 novembre 1989) e *Conforama* (Causa C-312/89 del 21 febbraio 1991).

Il Trattato di Nizza confermava il riparto di competenze in materia sociale definito dal Trattato di Amsterdam, prevedendo materie per le quali era richiesta la maggioranza qualificata e altre in cui veniva richiesta l'unanimità⁸⁷.

Tre esclusioni evidenti emergevano dal sistema così complessivamente congegnato: le questioni attinenti alle remunerazioni, il diritto di associazione e il diritto di sciopero.

Per la materia sicurezza sociale e protezione sociale era richiesta l'unanimità, rimettendo agli Stati membri la definizione dei "principi fondamentali dei loro sistemi di sicurezza sociale". Al Consiglio spettavano eventuali azioni di coordinamento tra gli Stati.

Per superare le evidenti difficoltà poste dal voto all'unanimità, il Trattato di Nizza e poi il Trattato di Lisbona, hanno previsto delle cosiddette "passerelle", consistenti nella possibilità, per alcune materie⁸⁸, a seguito di una votazione all'unanimità del Consiglio, di essere sottoposte alla procedura più snella di cui all'art. 251 (art.194 TFUE) che prevede la maggioranza qualificata.

Anche *post* Lisbona permane la chiara (proverbiale?) volontà di escludere la competenza dell'Unione in materia sociale.

La scelta di fondo è, quindi, stata quella mantenere l'insieme delle competenze già fissate, conferendo semplicemente alla materia un po' di ordine: "il *cuore del cuore* della regolazione comunitaria (il vecchio

⁸⁷Il Consiglio adotta l'atto a maggioranza qualificata congiuntamente al Parlamento nelle seguenti materie:

- miglioramento dei luoghi di lavoro per la protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori;
- condizioni di lavoro;
- informazione e consultazione dei lavoratori;
- uguaglianza tra uomo e donna nel mercato del lavoro e nel lavoro;
- integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro.

Il Consiglio può agire all'unanimità, con la semplice consultazione del Parlamento nelle seguenti materie:

- sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori;
- contratti di lavoro;
- rappresentazione e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione
- condizioni di lavoro di cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti sul territorio comunitario;
- contributi finanziari per la promozione e creazione di lavoro

⁸⁸ Quali contratti di lavoro, rappresentanza e difesa dei lavoratori, condizioni di lavoro, lavoratori migranti da Paesi terzi.

137 del TCE , ora l'art. 153 TFUE⁸⁹) nel settore è quindi rimasto com'era, nelle sue immutate virtualità e nei suoi anacronistici tabù⁹⁰.

⁸⁹Articolo 153 (ex articolo 137 del TCE):

1. Per conseguire gli obiettivi previsti all'articolo 151, l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori:

- a) miglioramento, in particolare, dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori;
- b) condizioni di lavoro;
- c) sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori;
- d) protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro;
- e) informazione e consultazione dei lavoratori;
- f) rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione, fatto salvo il paragrafo 5;
- g) condizioni di impiego dei cittadini dei Paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione;
- h) integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, fatto salvo l'articolo 166;
- i) parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro;
- j) lotta contro l'esclusione sociale;
- k) modernizzazione dei regimi di protezione sociale, fatto salvo il disposto della lettera c).

2. A tal fine il Parlamento europeo e il Consiglio:

a) possono adottare misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare gli scambi di informazioni e di migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri;

b) possono adottare nei settori di cui al paragrafo 1, lettere da a) a i), mediante direttive, le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro. Tali direttive evitano di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese.

Il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni.

Nei settori di cui al paragrafo 1, lettere c), d), f) e g), il Consiglio delibera secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo e di detti Comitati.

Il Consiglio, deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può decidere di rendere applicabile al paragrafo 1, lettere d), f) e g) la procedura legislativa ordinaria.

3. Uno Stato membro può affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito di mettere in atto le direttive prese a norma del paragrafo 2 o, se del caso, una decisione del Consiglio adottata conformemente all'articolo 155.

In tal caso esso si assicura che, al più tardi alla data in cui una direttiva o una decisione devono essere attuate, le parti sociali abbiano stabilito mediante accordo le necessarie disposizioni, fermo restando che lo Stato membro interessato deve adottare le misure necessarie che gli permettano di garantire in qualsiasi momento i risultati imposti da detta direttiva o detta decisione.

4. Le disposizioni adottate a norma del presente articolo:

- non compromettono la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e non devono incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso,
- non ostano a che uno Stato membro mantenga o stabilisca misure, compatibili con i trattati, che prevedano una maggiore protezione.

L'articolo 153 TFUE continua ad escludere dal suo ambito di applicazione la materia relativa alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata ma, come si vedrà *infra*, ciò, se esclude l'adozione di atti dell'Unione in tali materie, non esclude certo che anche in tali materie gli stati debbano rispettare gli obblighi derivanti dalla loro appartenenza all'UE.

La *social policy* rimane una competenza concorrente, nella quale l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti e gli Stati esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria, mentre esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria⁹¹.

L'art. 153 del TFUE va letto in combinato disposto con altre due norme: l'art.4, par. 2 TFUE che individua la politica sociale tra le materie di competenza concorrente e l'art. 5, par. 3 dello stesso Trattato, ai sensi del quale l'Unione può prendere iniziative per assicurare il coordinamento delle politiche sociali degli Stati membri. Per quanto non previsto dal Trattato, tale settore, pertanto, continua ad essere di competenza nazionale, vista la sensibilità del tema e le diversità esistenti tra i sistemi sociali dei vari Stati membri.

Nei settori individuati è previsto che il Parlamento Europeo e il Consiglio⁹² possano avvalersi di due strumenti: il cd. *metodo di coordinamento aperto* e l'adozione, mediante direttive, di prescrizioni minime applicabili progressivamente⁹³.

Per quanto riguarda il primo strumento, il paragrafo 2, lett. a) prevede l'adozione di "misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare gli scambi di informazioni e di migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni

5. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata.

⁹⁰ G. Bronzini, *Il modello sociale europeo* in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di) *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, pag. 100.

⁹¹ Cfr.art 2.2 TFUE.

⁹² Per quel che riguarda le procedure decisionali da seguire per l'adozione di misure e atti nell'ambito della politica sociale, l'articolo 153 TFUE prevede la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni.

⁹³ Tale facoltà è esclusa per l'azione nel settore della lotta contro l'esclusione sociale e la modernizzazione dei regimi di protezione sociale.

legislative e regolamentari degli Stati membri”. Si auspica, quindi, una “convergenza *spontanea* tra le legislazioni nazionali”⁹⁴.

Il principio ispiratore rimane quello di sussidiarietà, sia di tipo *verticale*, che interessa Unione, Stati e regioni, sia di tipo *orizzontale*, che importa dall'esterno fonti della contrattazione collettiva in un'ottica di "dialogo sociale europeo" che punta sul confronto tra i principali attori europei (compresa la società civile, dai sindacati alle ONG), sull'onda del *metodo aperto di coordinamento*⁹⁵.

Con questa espressione si fa riferimento ad un sistema integrato di “spontaneo e reciproco confronto da parte degli Stati membri sulle strategie operate nel campo della politica sociale sulla base di obiettivi e indicatori comuni fissati *ex ante* e volti a condurre gli stessi Stati verso livelli di integrazione e armonizzazione perfino più avanzati rispetto a quelli previsti dai trattati, in settori particolarmente sensibili per la sovranità nazionale”⁹⁶.

Tale convergenza si basa sull'adozione di atti di *soft law*, non giuridicamente vincolanti, (quali raccomandazioni, conclusioni, linee guida) adottati con la collaborazione di Consiglio e del Consiglio europeo per quanto riguarda la definizione di obiettivi e strategie e assegna alla Commissione il ruolo di supervisore dei progressi nazionali⁹⁷.

Il secondo strumento è quello dell'armonizzazione normativa attraverso direttive che possono solo fissare “prescrizioni minime applicabili progressivamente” senza imporre “vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese”. La progressività nell'applicazione delle prescrizioni minime prende atto delle profonda diversità dei modelli sociali nazionali, di cui vanno rispettate le

⁹⁴ S. Fortunato, *Commento all'art. 153 TFUE in Trattati dell'Unione europea* a cura di A. Tizzano, Milano, 2014, pag. 339.

⁹⁵ Cfr. G. Bronzini, *Il modello sociale europeo* in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di) *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, pag. 100.

⁹⁶ S. Fortunato, *op. cit.*, pag. 340

⁹⁷ S. Fortunato, *op. cit.* pag. 340 si tratta di uno strumento molto utilizzato soprattutto nel settore della politica dell'occupazione, in quanto permette di sviluppare politiche comuni nel rispetto delle diversità nazionali.

prerogative e della volontà condivisa di non realizzazione di un sistema sociale europeo completamente uniforme.

Il timore che un'armonizzazione verso l'alto avrebbe danneggiato i sistemi nazionali con *standard* più bassi, e una verso il basso avrebbe pregiudicato i modelli sociali più avanzati ha suggerito una "soluzione di compromesso con l'armonizzazione minima, che, in teoria, consentirebbe di salvaguardare la dimensione tendenziale e teleologica della "parificazione nel progresso", ex art. 151 TFUE. Sebbene sia stato sostenuto che l'armonizzazione minima dovrebbe consentire anche una maggiore discrezionalità degli Stati membri in sede di attuazione delle direttive, per preservare i modelli sociali nazionali, la Corte di Giustizia ha valorizzato, nei suoi orientamenti, il profilo dell'armonizzazione progressiva; essa non pare ricondurre all'espressione "prescrizioni minime" una valenza limitativa per le competenze europee"⁹⁸.

L'Unione *completa e sostiene* l'azione degli Stati membri con l'adozione di tali direttive contenenti prescrizioni minime applicabili progressivamente dagli Stati. Il loro stesso meccanismo di approvazione rappresenta, però, un ulteriore ostacolo, considerando che in materia di sicurezza, di protezione sociale dei lavoratori, di protezione contro il licenziamento, di rappresentanza e di difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e di condizioni di lavoro dei cittadini di Paesi terzi, regolarmente residenti sul territorio dell'Unione, il Trattato di Lisbona continua a richiedere l'unanimità⁹⁹.

⁹⁸ D. Russo, *L'armonizzazione della politica sociale attraverso prescrizioni minime internazionali ed europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 2012, pag. 762.

Come nota l'autore, ciò si riflette anche nelle clausole di salvaguardia, che non prescindono da una considerazione delle finalità perseguite dall'Unione, cosicché le misure nazionali più protettive sono ammissibili solo se compatibili con tali finalità, nonché con il principio di non discriminazione e con le libertà fondamentali. La Corte di Giustizia effettuerà il suo giudizio secondo la scala di valori e priorità risultanti dall'ordinamento dell'Unione.

⁹⁹ La divisione tra il voto all'unanimità e a maggioranza qualificata per le decisioni del Consiglio in materia di politica sociale definita nel Trattato di Nizza (articolo 137 TCE) è mantenuta anche nel Trattato di Lisbona. In deroga alla regola che stabilisce che le decisioni in seno al Consiglio devono essere prese a maggioranza qualificata, l'unanimità continua ad applicarsi per le politiche sociali. Questo riguarda le questioni della previdenza sociale e protezione sociale dei lavoratori, la tutela dei lavoratori in caso in cui il contratto di lavoro sia stato risolto, la rappresentanza collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, comprese le cogestioni, e le condizioni di lavoro per i cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione (articolo 153 TFUE).

Anche la possibilità di creare cooperazioni rafforzate¹⁰⁰ in materia di politica sociale, in quanto materia concorrente, non è agevolata dalle procedure rigide previste per tali tipi di cooperazione¹⁰¹.

Per quanto riguarda il coordinamento tra gli Stati membri, istituzionalizzato nel Trattato di Lisbona, si prevede che la Commissione incoraggi la cooperazione tra gli Stati membri e faciliti il coordinamento della loro azione, in tutti i settori della politica sociale compresi l'occupazione, il diritto del lavoro e le condizioni di lavoro, la formazione e il perfezionamento professionale, la sicurezza sociale, la protezione contro gli infortuni e le malattie professionali, l'igiene del lavoro, il diritto di associazione e la contrattazione collettiva tra datori di lavoro e lavoratori (art.156 TFUE)

Tale tipo di cooperazione, ricollegandosi al vecchio art. 140 TCE, prevede che la Commissione operi a stretto contatto con gli Stati membri, mediante studi e pareri.

Il Trattato di Lisbona se, da un alto, si affida in materia sociale a modelli che si basano su diversi tipi di cooperazione tra gli Stati membri, con l'emanazione di regolamentazioni più o meno vincolanti da parte delle istituzioni, a secondo il riparto delle competenze relativo alla materia in gioco, dall'altro, valorizza il dialogo con le parti sociali, disegnando un preciso modello di partecipazione inclusiva a livello sia nazionale che interstatale.

Gli art. 154 e seguenti riconoscono l' autonomia negoziale delle parti sociali e ne promuovono il dialogo con le istituzioni sia comunitarie che nazionali, ma non prevedono obblighi di contrattazione (art. 155). In particolare, la Commissione consulta periodicamente e obbligatoriamente le parti sociali in materia di politica sociale, ed inoltre si sancisce il riconoscimento della funzione negoziale delle parti sociali a livello europeo, disciplinando l'esercizio di tale funzione.

Attraverso il disposto dell'articolo 155, paragrafo 1, si riconosce il ruolo incisivo dei partenariati europei nella conclusione di accordi e si ribadisce la non interferenza delle istituzioni in tali negoziazioni autonome. Il rispetto di questa autonomia non impedisce certo la collaborazione con le istituzioni, che anzi, devono riconoscere e promuovere il loro ruolo ai sensi dell'art. 154.

¹⁰⁰ Art. 20 TUE

¹⁰¹ Art. 326 TFUE

Va notato che sebbene a tali procedure non partecipi direttamente il Parlamento “il rispetto del principio della democrazia, sul quale l’Unione è fondata” resta ugualmente salvaguardato “in modo alternativo [...] per il tramite delle parti sociali che hanno concluso l’Accordo”¹⁰².

L’Europa sociale, col suo complesso riparto di competenze, è ancora troppo lontano dall’ipotesi di un “federalismo solidaristico ” sul modello tedesco con trattamenti nella sostanza omogenei e uniformi e una forte direzione dal centro, speranza degli anni ‘90¹⁰³.

“Del resto una *kehre* così radicale presupporrebbe una trasformazione degli apparati amministrativi a disposizione degli organi di Bruxelles e un incremento del *budget* comunitario, decisamente fuori portata.(...) La soluzione prescelta è, in realtà, intermedia: l’Unione è già ‘responsabile’, unitamente agli Stati, per gli obiettivi di natura sociale prima ricordati ed esemplificati in pretese soggettive Giustiziabili nella Carta di Nizza. La strada indicata è quindi quella della mutua e leale cooperazione e del sostegno reciproco. Nasce però la legittima domanda circa il ‘modello di solidarietà’ da adottare in questo convergente processo di osmosi tra politiche sovranazionali e statali, posto che il pluralismo nei sistemi di sicurezza sociale è fortissimo ed irriducibile nel medio come nel lungo periodo”¹⁰⁴.

2.5 I diritti sociali e il ruolo della Corte di Giustizia Europea. Rinvio.

L’introduzione di un catalogo di diritti sociali dell’Unione europea da parte della Carta dei diritti fondamentali, ha cercato di colmare, seppur con i limiti e le contraddizioni di cui si è detto, la lacuna del diritto comunitario in materia.

Ancor prima dell’intervento espresso del legislatore europeo, anche la Corte di Giustizia si è occupata della tutela tali diritti, nel silenzio dei trattati.

Non è facile trattare *funditus* la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in un ambito tanto vasto quanto quello dei diritti sociali, tanto più

¹⁰² M. Orlandini, *Commento all’art 155 TFUE*, in *Trattati dell’Unione Europea*, op. cit., pag. 298. Offrono esempi di tale tipo di negoziazione la dir. 96/34/ce del Consiglio, sostituita dalla dir. 2010/18/UE del Consiglio dell’8 marzo 2010 che attua l’accordo quadro siglato il 18 giugno 2009 sui congedi parentali concluso da BUSINESSE EUROPE, UEAPME, CEEP e CES.

¹⁰³ Cfr. G. Bronzini, op. cit., pag. 120.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

che il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali dei lavoratori, in alcune celebri sentenze della corte, costituirà oggetto della seconda parte del lavoro.

In questa sede, più che altro, si vogliono fornire alcuni spunti, alcuni “fili rossi” utili al proseguimento del discorso in materia di diritti sociali in generale.

L’interesse della Corte, soprattutto dagli anni Novanta in poi, si è rivolto non tanto alla tutela dei singoli diritti sociali, competenza del diritto interno dei singoli Stati membri, quanto alla tutela delle garanzie sociali dei cittadini migranti, all’interno del territorio dell’Unione, in seguito all’introduzione della libertà di circolazione e, successivamente, della cittadinanza europea.

L’attività della Corte si è concentrata soprattutto sulla rimozione delle discriminazioni fondate sulla nazionalità, accordando ai soggetti che si muovono in uno spazio europeo senza frontiere diritti fruibili non soltanto nel proprio Stato di origine ma anche nello Stato di destinazione.

Il principio alla base è quello secondo il quale l’abbattimento degli ostacoli interni, nell’ottica di un mercato unico, si accompagna alla necessità di garantire anche ai cittadini europei di accedere alle cosiddette prestazioni sociali *cross-border*¹⁰⁵ alle stesse condizioni dei cittadini di uno stato membro.

La vasta giurisprudenza del giudice europeo ha fatto uso, in particolare, di due principi fondamentali: solidarietà e non discriminazione.

La giurisprudenza della Corte, secondo alcuni addirittura “eroica”¹⁰⁶, ha permesso lo sviluppo di quella dimensione sociale di cui l’Europa mercantile era inizialmente sfornita e, spesso, ha ispirato il legislatore comunitario nell’adozione di atti i cui contenuti ricalcano i traguardi pretori raggiunti¹⁰⁷.

Come già visto precedentemente, in materia di politica sociale, la competenza normativa è lasciata agli stati membri. L’Unione non può adottare atti vincolanti, ma soltanto misure di riavvicinamento degli ordinamenti nazionali, attraverso l’emanazione di direttive settoriali e attraverso l’uso del metodo aperto di coordinamento, nel rispetto del principio di sussidiarietà.

¹⁰⁵ Ovvero quei servizi (sanità, istruzione, *benefit* sociali ecc.) a cui il cittadino nazionale ha accesso nel proprio Stato d’origine, per il solo fatto di essere cittadino e che generalmente non vengono garantiti, o per lo meno non nella stessa misura, ai non nazionali.

¹⁰⁶ R. Bifulco, M. Catabia, A. Celotto, *Introduzione*, in *ID.* (a cura di), *L’Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 12 ss.

¹⁰⁷ Ad esempio, la direttiva 2004/38, che ricalca la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia.

Questi interventi dell'Unione, seppur utili per individuare modelli di riferimento, volti a colmare il *deficit* sociale comunitario, hanno finito per conferire alla politica sociale comunitaria carattere settoriale e disomogeneità, e se i cittadini dell'Unione hanno potuto godere di una serie di garanzie in materia di riconoscimento e tutela dell'accesso alle prestazioni sociali fornite dai singoli Stati membri, si deve soprattutto all'interpretazione della Corte di Giustizia¹⁰⁸.

In particolar modo, l'interpretazione "sapiente" degli artt. 18 e 21 TFUE che garantiscono ai cittadini comunitari migranti di accedere alle prestazioni sociali a condizioni equivalenti rispetto ai cittadini nazionali.

Ciò che interessante notare, in questo caso, è gli Stati membri devono garantire parità di accesso alle prestazioni sociali ai cittadini migranti, ma che il livello e gli *standard* di tutela che il singolo ordinamento accorda, non possono essere oggetto di sindacato da parte della Corte.

Mentre nel caso del mercato unico l'integrazione comunitaria, attraverso strumenti di normazione diretta, è riuscita penetrare all'interno degli ordinamenti nazionali, creando una relazione verticale tra normativa Ue e normative interne che ha modificato anche la posizione giuridica del singolo, non così è accaduto riguardo alla politica sociale.

L'Ue riconosce parità di trattamento al soggetto migrante che ha diritto ad accedere, a parità di condizioni, alle prestazioni sociali nazionali, ma non entra nel merito di "quanto" si accordato in uno Stato piuttosto che un altro e soprattutto non è ravvisabile, in questo caso, alcun effetto discendente, modificativo della posizione del singolo.

Nell'interpretazione della Corte, non c'è spazio per l'individuazione di prestazioni minime e si ammettono differenze di *standard* a seconda di quale

¹⁰⁸ Le pronunce *Poucet and Pistre* (Corte di Giustizia Cause riunite C-159/91 e C-160/91) in materia di assicurazioni di malattia e maternità e i casi *Sodemare* (Corte di Giustizia Causa C-70/95) e *AOK* (Corte di Giustizia Cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01) in materia di gestione dei servizi delle case di riposo per anziani e delle casse malattia per l'acquisto di medicinali, nelle quali si afferma che le assicurazioni prese in considerazione svolgono, nell'opinione della Corte, un ruolo di tutela identica per tutti gli affiliati al sistema. Si tratta, infatti, di prestazioni sociali garantite a cittadini nazionali non migranti, sulla base del solo diritto nazionale, che pertanto non entrano in conflitto con il diritto comunitario perché non comportano il fattore della transnazionalità per il loro godimento e, dunque, non ricadono nell'ambito di applicazione del mercato unico. Il diritto comunitario non entra in conflitto con i sistemi nazionali di *welfare*, dato che non esiste uno standard o modello comunitario di *welfare state* di riferimento. Pertanto, non è compito del diritto comunitario sindacare la rispondenza a uno *standard* di tutela che, di fatto, non esiste a livello comunitario.

sia il luogo fisico in cui il cittadino europeo risiede e lavora, purché, sulla base del principio di solidarietà, appunto, egli abbia accesso a quelle tutele che quello stato prevede per i suoi cittadini. La Corte, quindi, vigila sull'*an* della tutela ma non può controllare il *quantum*: uno *standard* sociale europeo non esiste e, *rebus sic stantibus*, è difficile che esista.

Non c'è violazione del principio di non discriminazione, se all'interno di un singolo ordinamento nazionale (inteso come sistema chiuso) si tratta tutti (cittadini nazionali o comunitari) in modo uguale, indifferentemente da quale diritto/prestazione sociale l'ordinamento nazionale scelga di tutelare.

Come si è detto la Direttiva 2004/38, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, riprende l'approccio della Corte di tipo *incrementale*, ovvero volto a riconoscere un aumento dei doveri di solidarietà in capo allo Stato ospitante proporzionale alla durata del soggiorno del cittadino migrante sul suo territorio¹⁰⁹.

Anche attraverso il principio di non discriminazione, di larga applicazione pretoria¹¹⁰, la Corte di Giustizia, è riuscita a garantire un ventaglio considerevolmente ampio di diritti sociali ai cittadini comunitari¹¹¹.

Ad esempio, la tutela del lavoro trova garanzia nel principio di non discriminazione e, quindi nel principio della parità di trattamento. Diverse le

¹⁰⁹ Pertanto, essa distingue un primo gruppo di cittadini, che possono stabilirsi liberamente per un periodo minimo di tre mesi nel territorio di uno Stato membro, i quali hanno diritto ad un trattamento equo, ma non hanno diritto ai servizi di assistenza sociale. Un secondo gruppo, del quale fanno parte i migranti che risiedono per più di tre mesi nello Stato ospitante, i quali hanno un vero e proprio diritto di residenza, sempre che siano lavoratori, o abbiano sufficienti risorse di mantenimento, o siano studenti inquadrati in un programma di scambio, o siano familiari di una delle suddette categorie e, pertanto, godono del diritto al lavoro e ad un equo trattamento. Infine, è previsto un terzo gruppo, rappresentato dai migranti che risiedono nello Stato membro per un periodo continuato, o per più di 5 anni, i quali acquistano il diritto di residenza permanente e sono di fatto equiparati ai cittadini nazionali.

¹¹⁰ Tra le più significative pronunce più recenti, si segnalano Causa C-73/08, *Nicolas Bressol e a. e Céline Chaverot e a. contro Gouvernement de la Communauté française*; Causa C-135/08, *Janko Rottmann/Freistaat Bayern*; Causa C-103/08, *Arthur Gottwald/Bezirkshauptmannschaft Bregenz*; Cause riunite *Athanasios Vatsouras (C-22/08) e Josif Koupatantze (C-23/08) contro Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*; Causa C-480/08, *Maria Teixeira contro London Borough of Lambeth e Secretary of State for the Home Department*; Causa C-310/08, *London Borough of Harrow contro Nimco Hassan Ibrahim e Secretary of State for the Home Department*; Causa C-158/07, *Jacqueline Förster/Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*; Causa C-535/08.

¹¹¹ Il filone giurisprudenziale viene "inaugurato" dalle decisioni *Kalanke* e *Marschall* (Corte di Giustizia Causa C-450/93, *Eckhard Kalanke contro Freie Hansestadt Bremen*; Corte di Giustizia Causa C-271/91, *M. Helen Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*).

direttive e i regolamenti adottati per garantire al lavoratore migrante le medesime condizioni di accesso e di svolgimento del lavoro dei cittadini nazionali, in un “mercato unico delle prestazioni sociali”.

In quest’ambito, ad esempio, il contributo della giurisprudenza della Corte è amplissimo, tanto che, come già si è ricordato, la direttiva 2004/38 sulla libertà di circolazione, si fonda proprio sulle indicazioni di questa giurisprudenza.

Gli sviluppi giurisprudenziali riguardanti i diritti sociali sono strettamente collegati al fine del corretto funzionamento del mercato comune¹¹².

La vera *quaestio iuris* risiede nel fatto che non sempre la posizione della Corte di Giustizia è stata favorevole ai diritti, come i noti casi del “Viking quartet”, hanno dimostrato in merito alla “tensione” tra diritto di sciopero e di azioni collettive e libertà economiche. Casi che sono stati giudicate dalla dottrina come eclatanti esempi di *dumping sociale*, collegati alla mobilità transfrontaliera delle imprese; come (pericolosissima) possibile contaminazione delle tradizioni nazionali costituzionali; come indebito sconfinamento di competenza, negando in radice la stessa legittimità del bilanciamento operato dalla Corte.

Senza volersi dilungare su tali aspetti, che saranno ampiamente trattati *infra*, si deve dire che la Giustiziabilità riservata ai diritti sociali non è pari a quella prevista da una lunga giurisprudenza della Corte in tema di diritti fondamentali generali.

I diritti sociali non riescono ad accedere allo stesso livello di protezione riservato agli altri diritti: in tali sentenze si intravede un chiaro *vulnus* ai diritti sociali di natura collettiva, e un’asimmetria della loro tutela rispetto a quella delle libertà economiche.

¹¹²Si pensi al riconoscimento del diritto sociale alle ferie annuali retribuite espressa dall’avvocato generale Tizzano nel caso *Bectu* o degli avvocati Jacobs in *Albany International* del 1999 e *Lenz in Bergemann* del 1988 (da ultimo si veda la decisione 3 maggio 2012, C-337/10, sull’indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute per malattia). Nel febbraio del 2000 nel caso *Schröder* e in altri collegati, si autorizzò la Germania a estendere il principio della parità di retribuzione uomo donna anche ai lavoratori part-time. Per la prima volta la Corte di Giustizia affermò che tale principio, anche alla luce dell’ex art. 141 TCE, perseguiva uno scopo sociale espressione di un diritto fondamentale, piuttosto che un semplice scopo di mercato, come fino ad allora era stato inteso. La decisione *Bosman* del 1995 sulla libera circolazione dei lavoratori, afferma indirettamente il diritto al lavoro e di libertà di scelta dello stesso.

Quegli stessi diritti sociali che spesso nelle Costituzioni nazionali ricevono il più alto grado di tutela, se trasferiti all'interno dell'ordinamento comunitario, trovano un *habitat* ostile, una tutela minore, dovendo essere bilanciati con le libertà economiche.

La giurisprudenza sui diritti elaborata dalla Corte di Giustizia che è stata, come si è visto, almeno fino alla fine degli anni '90, formalmente importante, ci ha anche svelato un Giudice un po' titubante, che ha preferito, per prudenza, proteggere i diritti sociali "attraverso un'interpretazione del diritto comunitario scritto, originario e derivato, usando il linguaggio dell'antidiscriminazione piuttosto che quello dei diritti fondamentali"¹¹³.

In sintesi i diritti sociali nella giurisprudenza della Corte (e in generale nella dimensione dell'Unione) non sono "diritti che attribuiscono ai cittadini comunitari la possibilità di sindacare la politica comunitaria (che del resto non ha mai perseguito come scopo autonomo e assoluto il godimento dei diritti sociali), ma al massimo, come strumenti utili a correggere le pratiche distorsive e a evitare che la concorrenza indebolisca la tutela sociale prevista dai singoli Stati membri.

E' forse anche per questo che la Corte non ha sviluppato una giurisprudenza consistente sui diritti sociali. Dunque si può concludere, in qualsiasi modo si giudichi la giurisprudenza della Corte sui diritti (per il vero altalenante), che un giudice che non era stato pensato come giudice dei diritti ha oggi una competenza che si può quasi definire concorrente con quella delle altre Corti dei diritti, nazionali e sovranazionali"¹¹⁴.

¹¹³ D. Tega, *op. cit.*, pag. 21. L'autrice richiama la decisione *Mangold*, nella quale il principio di non discriminazione in ragione dell'età risulta determinante per superare i limiti imposti dalla direttiva 2000/78; o ancora la sentenza *Kucukdeveci* (C-555/07) in cui la Corte si pronuncia nuovamente sul principio di non discriminazione per età; i casi *Roca Alvarez* (C-104/09) e *Danosa* (C-232/09) sulla parità di trattamento tra uomini e donne (in entrambi i casi la Corte decide sul rapporto tra la normativa nazionale e la direttiva sulla non discriminazione in cause che coinvolgono privati); il caso *Maruko* sulla pensione di reversibilità e la discriminazione diretta in base all'orientamento sessuale; la decisione *Romer* (C-147/08) in cui la Corte, ritornando sulla disciplina tedesca sulle unioni civili, conferma l'impostazione seguita in *Maruko*.

¹¹⁴ Così G. Azzariti, *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'unione europea*, in (a cura di C. Salvi) *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, cit., pag. 83.

2.6. Il diritti sociali e la giurisprudenza della Corte Edu. Rinvio.

La tutela multilivello dei diritti fondamentali, all'interno della dimensione europea, postula la coesistenza di diversi soggetti e oggetti che concorrono nella protezione di tali diritti, ovvero una pluralità di Carte fondamentali, sia nazionali che "comunitarie", una pluralità di ordinamenti giuridici coinvolti, una pluralità di corti giurisdizionali (giudici comuni, le Corti costituzionali nazionali, la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo).

Questo sistema composito che, in teoria, dovrebbe accrescere la tutela dei diritti stessi, spesso produce l'effetto contrario, soprattutto "a causa dello stallo in cui possono versare i conflitti tra fonti e giurisdizioni, se non opportunamente convogliati in una dimensione dialogica che abbia come obiettivo non la supremazia "sempre-e-comunque" di un attore istituzionale o di una fonte, bensì la predisposizione di uno standard di tutela il più alto possibile"¹¹⁵.

Infatti, "la coesistenza di un pluralità di sistemi giuridici e, conseguentemente di una compagine multiforme e complessa di attori e fonti regolative si traduce, inevitabilmente, in un fattore di moltiplicazione delle criticità proprie di qualsivoglia ordinamento giuridico"¹¹⁶.

Per quanto attiene ai diversi livelli normativi, si può individuare un livello di base, costituito dai sistemi giuridici interni di tutela dei diritti fondamentali dei singoli Stati membri, un livello superiore costituito dalla CEDU, di cui fanno parte tutti gli Stati dell'Unione¹¹⁷, e un livello "intermedio" se così si può dire, costituito dall'integrazione europea, che ha progressivamente riconosciuto i diritti fondamentali, dapprima in via giurisprudenziale, poi anche nei suoi Trattati, ed infine con l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali, che ha

¹¹⁵ M. G. Bernardini, *L'Unione Europea ed il Trattato di Lisbona: nuove frontiere per la tutela multilivello dei diritti*, in *Diritto e Società*, vol. 3-4 (2010), pp. 411-450.

¹¹⁶ A. Ruggeri *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali in www.federalismi.it*

¹¹⁷ La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), è stata firmata a Roma nel 1950. Tutti gli Stati membri dell'UE ne fanno parte, anche perché l'adesione alla CEDU è un requisito essenziale per l'ingresso nell'Unione. La Convenzione si compone di 59 articoli e 14 Protocolli addizionali, inizialmente concepiti con lo scopo di apprestare tutela soltanto ai "classici" diritti civili e politici. Successivamente, la Corte Edu ha esteso la tutela anche ai diritti sociali e ai cosiddetti "nuovi diritti". Tale Corte è competente a giudicare delle violazioni della Convenzione commesse dagli Stati membri nei confronti dei propri cittadini e può essere adita solo una volta che siano esauriti tutti i ricorsi interni.

acquisito forza giuridica vincolante per il tramite dell'art. 6 paragrafo 2 del Trattato di Lisbona.

Un sistema così congegnato produce l'effetto di investire giudici comuni e corti costituzionali interne di precisi vincoli giuridici che non sempre gli stessi hanno accettato di buon grado, considerata la "materia" costituzionale su cui insistono i diritti fondamentali e la relativa sovranità rivendicata dagli Stati.

A ciò bisogna aggiungere la considerazione che le posizioni spesso conflittuali di Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo, di cui è piena la storia dell'evoluzione della tutela dei diritti, hanno spesso assegnato ai giudici interni lo scomodo ruolo di mediare le differenti interpretazioni dei giudici sovranazionali, considerato come "i conflitti tra giudicati si pongano quale *species* dei conflitti tra valori"¹¹⁸.

La CEDU ha svolto e svolge un ruolo determinante per l'esegesi e l'interpretazione dei diritti sociali. Pertanto, è necessario che anche l'analisi della giurisprudenza di Strasburgo sia affrontata, al fine di valutarne l'impatto sull'ordinamento dell'Unione.

Impatto rilevante, se si considera che la CEDU non contiene un elenco di diritti sociali, economici o culturali e che, ciò nonostante, la Corte di Strasburgo, attraverso l'interpretazione estensiva della Convenzione e dei suoi Protocolli è riuscita ad assicurare loro una pregnante tutela, pur nel silenzio dei documenti scritti¹¹⁹.

D'altronde, utilizzando le parole della stessa Corte, "se è vero che la CEDU protegge essenzialmente diritti di carattere civile e politico, alcuni di essi hanno necessariamente, perché siano concretamente assicurati, delle propaggini di ordine economico e sociale"¹²⁰.

La materia dei diritti sociali rappresenta l'ambito in cui più di tutti la Corte Edu ha fatto richiamo del margine di apprezzamento. Infatti, superata la classica distinzione tra diritti civili e politici e diritti economici e sociali, appurata l'esigenza di offrire a entrambi, considerati nella loro unitarietà, massima tutela,

¹¹⁸ A. Ruggeri, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4-5 Giugno 2010, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

¹¹⁹ Tutela estesa fino al riconoscimento del diritto alla salute, alla casa, all'educazione, ai benefici sociali e tutela del lavoro.

¹²⁰ Cfr. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Airey v. Irlanda*, ric. N. 6289/73 del 9 ottobre 1979.

riguardo i secondi i giudici riconoscono ampia autonomia degli Stati circa l'effettivo dovere di implementazione di tali diritti.

Sul piano concreto, ciò significa che la tutela della Corte è possibile ove i diritti sociali siano già riconosciuti dal diritto nazionale e, in caso contrario, si esclude la possibilità di un suo giudizio, cosa che non accade in materia di diritti civili e politici.

Quindi la giurisdizione della Corte di Strasburgo trova un limite *ratione materiae* che esclude che la stessa possa conoscere ricorsi fondati direttamente su diritti sociali non espressamente previsti nella Convenzione¹²¹.

La Convenzione quindi, in quest'ambito, svolge un ruolo meramente sussidiario¹²² rispetto ai singoli Stati, e la Corte supervisiona il rispetto da parte dello Stato di uno *standard* minimo di protezione, condivisibile dalla maggior parte delle società democratiche europee¹²³.

Mentre la dottrina del margine di apprezzamento disegna la sfera di discrezionalità concessa allo Stato nella determinazione dei fini concreti della propria azione, il successivo giudizio di proporzionalità controlla la legittimità (o meglio l'adeguatezza) degli strumenti atti a realizzarli.

Nel secondo caso, infatti, la Corte verifica la corrispondenza tra la realizzazione degli interessi pubblici e il sacrificio imposto al diritto del singolo, dovendosi pertanto verificare che i mezzi utilizzati costituiscano una misura appropriata al raggiungimento dello scopo.

Attraverso il richiamo alla dottrina del margine di apprezzamento e del principio di proporzionalità, il ruolo interpretativo della corte EDU ha il pregio di offrire una tutela ai diritti sociali “ a confini variabili” ovvero un *modus interpretandi* volto a garantire in maniera sempre “aggiornata” diritti che, pur non essendo ricompresi nel catalogo convenzionale, meritano protezione.

¹²¹ L'unico diritto sociale espressamente previsto dalla Convenzione, e per il quale, quindi, è astrattamente possibile il ricorso individuale diretto è il diritto all'educazione (art. 2 Protocollo 1).

¹²² Il principio di sussidiarietà di cui all'art. 1 CEDU ricollega l'autonomia agli Stati contraenti in ordine alle modalità di incorporazione della Convenzione e alla sua collocazione nel sistema delle fonti, individuando l'ordinamento statale quale luogo primario per la protezione dei diritti fondamentali; questo carattere sussidiario è confermato dall'obbligo di previo esperimento dei ricorsi interni, disciplinato dall'art. 35 par. 1 e nella cosiddetta “clausola di salvaguardia” contenuta all'art. 53, che sancisce l'obbligo di non interpretare le disposizioni convenzionali in modo da limitare o pregiudicare i diritti e le libertà fondamentali già tutelati da leggi statali o da accordi internazionali.

¹²³ In questo senso, E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, 2000, p. 68.

Il margine di apprezzamento, in particolare, che svolge una chiara “funzione di raccordo fra la Convenzione e le norme nazionali, contribuisce a determinare i limiti all'attuazione della CEDU, con particolare riferimento alle ipotesi di incompatibilità tra i diritti individuali da essa riconosciuti e quelli protetti a livello nazionale ma non coperti dalla Convenzione, stanti le profonde differenze socioculturali riscontrabili nei diversi ordinamenti statali”¹²⁴.

La Corte, attraverso l'uso dell'interpretazione evolutiva, riesce ad adeguare costantemente la sua giurisprudenza ad una interpretazione dei diritti aderente all'evoluzione delle società europee, nell'arduo computo di conciliare l'esigenza di tutelare unitariamente i diritti fondamentali in maniera omogenea, pur preservando i particolarismi dei singoli Stati aderenti alla Convenzione.

Un discorso di questo tipo, tuttavia, non sempre può essere generalizzato: non sempre la Corte ha fatto ricorso a tali tecniche interpretative con successo, particolarmente in ambiti “sensibili” delle legislazioni nazionali.

Sarebbe necessaria una verifica caso per caso, per singoli diritti sociali, per valutare la posizione della Corte e il tipo di garanzia che la stessa ha voluto/potuto accordare. L'attenzione sarà rivolta, in particolare, alla tutela dei diritti sociali riguardanti il lavoro e alla libertà sindacale.

¹²⁴ Si veda P. Pustorino, *Articolo 53 (commento)* in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pag. 123 ss.

Capitolo II

La protezione della libertà sindacale fra diritto dell'Unione, Corti internazionali e Costituzioni degli Stati membri

1. La libertà sindacale e il diritto dell'Unione

1.1. L'articolo 155 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e i diritti collettivi dei lavoratori. Introduzione

Una volta individuato brevemente il “faticoso percorso” dei diritti sociali all'interno dell'Unione Europea, con le luci e le ombre di cui si è detto, si può ora procedere all'analisi di alcuni diritti sociali potenzialmente oggetto di una tutela multilivello, ed in modo particolare dei “diritti classici di cittadinanza industriale” ad esercizio collettivo: il diritto di contrattazione collettiva ed il diritto di sciopero.

Questa parte dell'elaborato è volta a considerare come il diritto di sciopero e quello di contrattazione collettiva, tra loro connessi in quanto manifestazione di attività poste in essere dalle organizzazioni rappresentative dei lavoratori, sono stati progressivamente riconosciuti nel contesto dell'integrazione europea e come sono stati “ridisegnati” da alcune notissime sentenze della Corte di Giustizia.

Questi diritti, alla luce dell'attività ermeneutica della Corte di Giustizia e del dettato normativo “frigido” della Carta di Nizza rappresentano il “tallone d'Achille” dell'integrazione europea, nella misura in cui mettono in luce una Europa che non vuole, o non può, sacrificare il suo credo funzionalista in onore del modello sociale europeo.

Tale scelta richiama una precisa *quaestio iuris*: come visto supra, l'art. 155 del TFUE espressamente esclude dalla competenza normativa dell'Unione alcuni dei più tradizionali diritti sociali del lavoratore (il diritto ad una equa retribuzione, il diritto di associazione, il diritto di sciopero ed il diritto di serrata).

Ciò trova la sua spiegazione in diversi motivi: *ufficialmente* la volontà da parte dell'Unione di rispettare gli *standard* nazionali che, data la “sensibilità” della materia, spesso di natura costituzionale, non si prestano con facilità ad un'armonizzazione normativa a livello comunitario. Ma questa scelta nasconde anche il timore degli Stati membri che i diritti sociali legati alla protezione del

lavoro, fortemente connotati dal punto di vista ideologico, possano imporre obbligazioni positive sui poteri statali e siano strettamente connessi all'investimento di risorse economiche e quindi di spesa pubblica¹²⁵.

Nemmeno la stessa esclusione della competenza dell'Unione, d'altro canto, appare del tutto giustificabile: la disomogeneità delle discipline nazionali in tema di sciopero e di contrattazione collettiva, seppure indiscutibile, non escludeva certo *qualsiasi* intervento comunitario in materia conciliabile con gli equilibri propri di ogni sistema di relazioni industriali, così come avvenuto in altre materie.

Tale esclusione, tra l'altro, come da giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, non si traduce in un'immunità del diritto di azione collettiva dai meccanismi del mercato comune, diritto chiamato a confrontarsi con il processo d'integrazione europea al pari di tutti gli altri diritti riconosciuti negli ordinamenti nazionali, sui quali non esiste una specifica competenza delle istituzioni comunitarie.

Nel momento in cui l'esercizio dei diritti sociali ad azione collettiva contrasta con norme e principi di diritto comunitario è necessario un bilanciamento, come del resto accade nel caso di qualsiasi diritto fondamentale, sia esso o meno attratto nella sfera di competenza del Trattato.

Nella tutela giudiziale dei diritti sociali e nel loro "bilanciamento" con le libertà economiche, nell'incessante "dialogo" tra Corti nazionali e sovranazionali, questi diritti sono interpretati e "vivono" nell'esperienza giuridica, in particolare nell'interpretazione giudiziale. Ma da questo confronto i diritti sociali non sempre escono vittoriosi.

Questa è la strada intrapresa dalla Corte di Giustizia che, con alcune note sentenze¹²⁶, ha scatenato un dibattito europeo che non può dirsi sopito, giungendo a toccare elementi cruciali delle relazioni industriali, quali il diritto di sciopero e le libertà sindacali.

¹²⁵ D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, 2012, in www.gruppodipisa.it;

¹²⁶ Sentenza 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, Sentenza 11 dicembre 2007, causa C-348/05, *Viking*, Sentenza 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Rüffert* si veda anche AG Trstenjak, Conclusioni in causa C-271/08, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, punti 188-190, l'argomentazione giuridica utilizzata dall'Avvocato generale afferma l'applicabilità delle norme comunitarie nell'ambito della contrattazione collettiva e poi si preoccupa di comporre il contrasto tra libertà economiche e autonomia collettiva.

La Corte di Giustizia si è espressa in una materia che esula dalle attribuzioni dell'Unione, superando le ristrettezze del dato testuale del suo stesso Trattato che esclude le competenze legislative in materia. Secondo il giudice europeo, come si vedrà, la previsione dell' art. 153, paragrafo 3, TFUE, seppur esclude dalla competenza dell'Unione le materie indicate, lasciando gli Stati membri liberi di fissare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e le loro modalità di esercizio, non vale ad escludere che gli stessi Stati, nell'esercizio della propria competenza in quelle materie, siano comunque obbligati a rispettare il diritto comunitario e, *in primis*, le libertà di circolazione sancite nel Trattato, anche a discapito delle prime. E la Corte, definendo i limiti di compatibilità dell'azione collettiva in rapporto alle quattro libertà fondamentali finisce per assegnare a queste valore preminente sui diritti sociali collettivi¹²⁷.

La tecnica di decisione della Corte di Giustizia sottrae al diritto interno e alle Costituzioni nazionali il "controllo" sull'autonomia sindacale e sul conflitto collettivo e lo cala all'interno dei parametri di riferimento del diritto comunitario, come delineati dalla sua stessa giurisprudenza in materia. La garanzia di questi diritti, in un sistema di tutela multilivello, viene realizzata attraverso il bilanciamento in un "ambiente", quello europeo, "estraneo e ostile alla loro natura"¹²⁸, svuotandoli di "pienezza".

Si è parlato ironicamente di dono non gradito fatto dalla Corte ai sindacati europei (*timeo Danaos et dona ferentes*¹²⁹): i diritti sociali collettivi, una volta ricondotti sotto l'egida dell'ordinamento comunitario, vengono sottoposti ad una sorta di 'trattamento dimagrante', al fine di renderli il meno pericolosi possibile per gli equilibri interni di un ordinamento giuridico che finisce per porsi essenzialmente come mero garante del libero scambio¹³⁰, (ri)confermando una concezione prettamente *economico-centrica* dell'ordinamento comunitario.

¹²⁷ G.Fontana, *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti* in www.forumcostituzionale.it

¹²⁸ G. Silvestri, *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, a cura di C.Salvi, Torino, 2012, pag. 60 ss.

¹²⁹ E' questa l'espressione opportunamente utilizzata da B. Veneziani, in B. Bercusson *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Baden Baden, 2006, pag. 291 ss.

¹³⁰ Anche G. Orlandini che parla, in questa prospettiva, di "effetto paradossale". G. Orlandini, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009, pag. 55.

In una situazione di perdurante difficoltà di “decollo di una politica sociale dell’Unione” ed in cui “anche le dichiarazioni dei principi non sono completamente avulse dal “credo” funzionalista”¹³¹, si comprende bene come le fonti della contrattazione collettiva derivanti dal dialogo sociale europeo potevano costituire un rimedio efficace alle storture del sistema. Si corre il rischio di rimanere delusi anche dalle scarse disposizioni della Carta di Nizza in tema di libertà di associazione sindacale (art. 12) e di contrattazione collettiva (art. 28), che seppure configurate come diritti fondamentali, rimangono elusive e generiche, e comunque condizionate dalla loro conformità al diritto dell’Unione¹³².

Tra diritti fondamentali e libertà fondamentali, nel diritto dell’Unione, vige un rapporto di “equivalenza gerarchica”¹³³ che, in caso di conflitto, rende necessaria un’operazione di bilanciamento svolta sulla base del principio di proporzionalità, come la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, in tema di libertà di circolazione, insegna.

Ma per evitare che le seconde vengano sempre anteposte alle prime, non bastano considerazioni di carattere tecnico-interpretativo, ma una precisa e netta scelta ordinamentale, di natura *essenzialmente politica*, che assegni formalmente ai diritti un rilievo preordinato rispetto alle libertà, così incidendo, a monte, sul loro rapporto “costituzionale”¹³⁴.

Circa la “natura” del bilanciamento operato dalla Corte, bisogna capire quanto “genuina” sia questa operazione di composizione dei conflitti e quanto, invece, non abbia costituito per la Corte nient’altro che una “ghiotta” occasione per affermare la *primauté* del diritto comunitario.

Secondo questa prospettiva, la Corte, già nel valutare se un diritto, squisitamente comunitario, quale la libera circolazione, possa essere limitato da

¹³¹ M. Barbera, in *Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*, in in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” INT.*, 2012, n. 95, pag. 7.

¹³² Cfr. U. Carabelli, *Contrasto tra libertà economiche fondamentali e diritti di sciopero e contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica* in *Studi sull’integrazione europea* 2/2011, pag. 219.

¹³³ AG Trstenjak, Conclusioni in causa C-271/08, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, punti 188-190.

¹³⁴ Così, ad esempio, è indubbio che “la tradizione costituzionale italiana (...) accorda priorità ai diritti sociali rispetto alle libertà economiche, e assegna inoltre ai diritti sindacali dei lavoratori la funzione essenziale di strumento di riequilibrio dei poteri tra le forze sociali: cosicché l’esercizio del diritto di sciopero è legittimo fino al punto in cui non pregiudica (nel loro contenuto essenziale) diritti della persona costituzionalmente tutelati” (M.V. Ballestrero, *op.cit.*, pag. 9)

una disposizione nazionale, il diritto di sciopero, attua un'operazione già viziata in radice¹³⁵ perché il diritto di sciopero viene considerato non come un diritto fondamentale, ma come una qualsiasi disposizione nazionale che soccombe, in virtù del rapporto di gerarchia tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, se confligge con una disposizione comunitaria.

Ciò si traduce in una “decostituzionalizzazione” *de facto* dello sciopero, che di fronte alla tutela di altri diritti o principi fondamentali mostra il suo statuto di diritto “minore”. E ciò si evince chiaramente dal raffronto con altre sentenze della Corte in tema di diritti fondamentali, dove, invece, il giudice comunitario ha volutamente lasciato “marginii di autonomia che [...] hanno consentito agli ordinamenti nazionali di continuare a tutelare secondo le rispettive priorità costituzionali la dignità umana, la libertà di espressione o i diritti dei minori”¹³⁶.

1.2 La libertà sindacale e il diritto di sciopero nella Carta di Nizza

Secondo l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: “I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero”.

Questa disposizione costituisce la più recente affermazione della rilevanza del diritto di sciopero e di contrattazione collettiva nell'Unione europea e si affianca al riconoscimento operato dall'art. 6 della Carta sociale europea, dagli articoli 12 e 13 della stessa Carta e dall'art. 151 TFUE, che apre il titolo X del Trattato, dedicato alla politica sociale.

L'articolo 12 della Carta, rubricato “libertà di riunione e di associazione”, riconosce ad ogni individuo “diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà di associazione a tutti i livelli, segnatamente in campo politico, sindacale e civico, il che implica il diritto di ogni individuo di fondare sindacati insieme con altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi.”.

¹³⁵ A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione* in *Rassegna di diritto pubblico europeo* 1/2010, pag. 123.

¹³⁶ A. Lo Faro, *op. cit.*, pag. 140, si riferisce ai casi *Omega*, *Shmidberger* e *Dynamic Medien*.

Il fatto che l'articolo 28 includa tra le libertà anche il diritto di sciopero e, contemporaneamente l'art. 153, paragrafo 5 TFUE escluda la competenza dell'UE in materia, fa emergere un evidente contrasto che è stato definito un "paradosso"¹³⁷, una "contraddizione" che non appare sempre facile sciogliere se non con il rischio di considerare la Carta quale mera affermazione di un principio. Operazione inammissibile, tenuto conto che il Trattato di Lisbona ha riconosciuto alla Carta formalmente lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Già da una lettura *prima facie* appare evidente come le libertà nella Carta di Nizza siano ben lontane da quelle riconosciute dalle costituzioni interne degli Stati membri, tra cui quella italiana, in quanto al confronto appaiono sicuramente più "essenziali".

Infatti, a ben vedere, la libertà di associazione sindacale affermata dalla Carta di Nizza (similmente all'art. 11 della CEDU) "si riduce, se isolata dal contesto evolutivo del diritto comunitario, all'affermazione di un principio inderogabile in una prospettiva di tutela eminentemente individuale, non a caso collocata (anzi inserita fra le righe) nel Titolo dedicato alle Libertà della persona"¹³⁸.

Al centro della scena il diritto comunitario colloca l'individuo e non la dimensione collettiva, benché si tratti di diritti che per loro stessa natura trascendono i singoli lavoratori ed anzi, come si è notato, sono direttamente collegati alla sfera pubblica delle persone piuttosto che alla loro sfera privata.¹³⁹

Questo discorso vale sicuramente per la libertà di associazione, mentre nell'art. 28 della Carta è ravvisabile già una più netta "dimensione sovra-individuale, configurando diritti di azione collettiva come attributi propri dell'organizzazione"¹⁴⁰.

¹³⁷ G. Orlandini, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009.

¹³⁸ E. Ales, *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Diritto del Lavoro*, 2002, pag. 111 ss.

¹³⁹ V. in tal senso G. Brunelli *sub* art. 28 in Bifulco-Cartabia-Celotto, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, pag. 106-107 ss.

¹⁴⁰ G. Fontana, *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2010, n.78, pag. 12. Alcuni autori sottolineano come, del resto, la mera libertà di associazione è per sua natura sbilanciata sul versante individuale, poiché indissolubilmente collegata alle relazioni intersoggettive sottostanti; diversamente dalla libertà di organizzazione del I comma dell'art. 39 che rinvia immediatamente alla dimensione collettiva, così "entificata". Cfr M. Rusciano, *Libertà di associazione e libertà sindacale*, in *RIDL* 1985, 4, pag. 585 ss.

La libertà di associazione, che emerge dalla Carta, sembra concepita in termini di *libertà da*, ovvero come mera libertà negativa, di stampo prettamente individuale, diretta a proteggere il pluralismo sindacale da indebite interferenze dallo Stato o apparati pubblici, nonché a proteggere il diritto (individuale) a costituire liberamente associazioni sindacali. Ma rimane solo una generica attività associativa. Non riesce, quindi, a dare l'*input* alla protezione di interventi in qualche misura "promozionali" dell'attività sindacale, rimesso alle eventuali azioni degli Stati membri.

Il dato testuale "minimalista" della Carta dei diritti potrebbe essere superato qualora si attingesse alle "tradizioni costituzionali comuni" in materia di libertà sindacale. Si tratterebbe di un interessante *cross fertilizing effect* fra ordinamenti e valori costituzionali, più volte auspicato, attraverso il dialogo fra le Corti e la giurisprudenza multilivello.

Questa scelta potrebbe rivelarsi molto utile, purché condotta evitando "la costituzione di un ordinamento replicante gli ordinamenti nazionali, coerentemente con i caratteri costitutivi dell'identità europea: lontana dall'ideale *pluribus unum* tipico dei modelli federali "forti" ed aperta invece all'integrazione, allo scambio o all'intersezione fra le diverse culture che la compongono, senza annullarle"¹⁴¹.

A questa interpretazione "restrittiva" delle disposizioni dell'art. 12 della Carta si oppongono anche tesi più morbide, che non vedono la libertà di associazione come appiattita a mera libertà negativa, ma, anzi reputano che il riferimento al momento associativa vada allargato il più possibile, poiché "evoca un momento aggregativo, costitutivo di una dimensione collettiva, in modo evidentemente atecnico, richiama cioè il fenomeno della coalizione. In tal senso la Carta di Nizza, nel suo porsi in modo generico ed irrisolto nei confronti del conflitto fra individuale e collettivo, operando una legittimazione dell'azione collettiva in funzione di diritti individuali affermati quali diritti fondamentali, non può dirsi, sul piano assiologico-sostanziale, attratta da una visione meramente

¹⁴¹ G. Fontana, *op. cit.*, pag. 13. In realtà non sempre facile è trovare un nucleo comune agli Stati membri circa la regolamentazione del diritto sindacale. Come nota S. Sciarra, nei diversi sistemi nazionali muta "la rilevanza del pluralismo sindacale, inteso come dato storico, oltre che come fenomeno sociale da regolamentare" e mutano i caratteri del rapporto fra l'autonomia collettiva e la legge (per quanto sia comune la riluttanza ad accettare un modello di *collective laissez faire*); v. S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, in Riv.it.dir.lav. 2006, 4, pag. 447 – 475.

“liberista” del rapporto fra mercato e democrazia, poiché le strutture normative sono aperte, a maglie larghe, e consentono al fenomeno reale di espandersi entro uno spazio giuridico che non è rigidamente predeterminato, in una prospettiva (quanto meno) di equiordinazione del valore dell’integrazione economica e del principio di solidarietà.^{142»}

1.3 La libertà di contrattazione collettiva nella Carta di Nizza

Nell’art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea il riferimento ai “lavoratori e i datori di lavoro o le rispettive organizzazioni” riflette una concezione della libertà di negoziazione collettiva come strumentale all’affermazione della libertà sindacale positiva e coerente con il rilievo assunto dalla contrattazione nell’ordinamento comunitario, individuando una certa “interdipendenza fra l’autotutela e la sfera negoziale del sindacato”¹⁴³.

La disposizione, quindi, sottopone la contrattazione collettiva non solo al rispetto delle regole nazionali, ma anche al rispetto del diritto UE.

L’art. 156 TFUE costituisce l’unica disposizione europea che disciplina la contrattazione collettiva, inserita tra le materie di cui la Commissione incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri e facilita il coordinamento della loro azione. Ma, come già accennato, così come nel caso precedentemente esaminato dello sciopero, è stata la Corte di Giustizia a “erodere” lo spazio dell’autonomia della contrattazione collettiva all’interno degli Stati membri, nei casi in cui la stessa si ponga in contrasto con una delle libertà fondamentali previste dal diritto UE.

Analizzando più da vicino il contenuto dell’art. 28, la Carta, considerando unitariamente il diritto “a negoziare e concludere contratti collettivi”, sembra abbracciare tutte le diverse fasi che compongono l’articolato procedimento di contrattazione collettiva, ovvero la presentazione delle piattaforme sindacali, la trattativa con la controparte e la vera e propria stipula del contratto collettivo¹⁴⁴.

Il diritto di *concludere un contratto collettivo* si attua nell’esclusione di qualsiasi interferenza da parte di terzi o autorità pubbliche nella fase negoziale, riconoscendo però il diritto di resistenza datoriale. In un’ottica civilistica, la

¹⁴² G. Fontana, *op. cit.*, pag. 12.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Cfr. B. Veneziani, *op. cit.*, pag. 293

norma richiamata impone, quindi, il rispetto del principio di cooperazione fra le parti e di “buona fede” nella negoziazione collettiva¹⁴⁵.

L’art. 28 della Carta che appare rivolto sia ai singoli che all’organizzazione, riconosce la tutela della libertà contrattuale anche a favore di gruppi non organizzati di lavoratori, garantendo il diritto fondamentale di contrattazione anche quando esercitato spontaneamente.

Il riferimento della Carta ai “livelli appropriati” del diritto di negoziazione collettiva può essere interpretato in due modi diversi, con diverse ripercussioni sulla libertà in oggetto.

Secondo un primo punto di vista, l’appropriatezza dei livelli di contrattazione è valutazione rimessa alla stessa organizzazione sindacale (o gruppo spontaneo). In questo caso, la disposizione in esame si limiterebbe a ribadire un tipico dominio dell’autonomia collettiva, ovvero il potere riservato delle parti circa la determinazione del luogo o del livello di negoziazione, che godrebbero di tutela riflessa.

Secondo un ulteriore punto di vista, difficile da condividere, invece, i livelli appropriati sarebbero eterodeterminati e la Carta di Nizza potrebbe nascondere l’inaccettabile insidia di ammettere il potere di Stato e istituzioni comunitarie sui processi di contrattazione collettiva.

Fra le due alternative, deve preferirsi di gran lunga la prima.

Lo stesso dubbio interpretativo si pone in relazione al diritto di ricorrere ad azioni collettive “in conformità al diritto comunitario”, e in questo caso l’attività ermeneutica va svolta *cum grano salis*, poiché proprio in questo campo gioca un ruolo fondamentale la competenza dell’UE e la “legittimità” della giurisprudenza del suo Giudice.

Un’interpretazione garantista dei diritti fondamentali imporrebbe di considerare tale rinvio come “generico, aperto, alla cornice dell’ordinamento comunitario che garantisce protezione ai diritti fondamentali nei limiti delle proprie competenze e del sistema di valori e principi di cui è espressione; ma d’altro canto, non può escludersi, anche alla luce delle recenti sentenze della Corte di Giustizia in materia di diritti sociali collettivi, un significato maggiormente controverso, tale da degradare il diritto in questione “al rango di

¹⁴⁵ B. Veneziani, *op. cit.*, pag. 298.

una qualsiasi disposizione ordinaria, tenuta, in quanto tale, a rispettare il diritto comunitario”¹⁴⁶.

Così congegnata, l'autonomia della contrattazione collettiva nella Carta dei diritti fondamentali rimane ancorata al solo (limitato) effetto di una garanzia di “non ingerenza”, inerisce cioè ad una sfera di libertà “non situata”.

Non si deve, però, tralasciare un aspetto fondamentale, ovvero il ruolo svolto dalla prassi delle relazioni sindacali: “il modo in cui la libertà sindacale vive nelle sfere assoggettate al ‘dominio’ del diritto comunitario, non può non tener conto del suo carattere dinamico ed aperto, dell’osmosi che si realizza fra prassi evolutiva e sedimentazione di ‘nuovo’ diritto”¹⁴⁷.

A questo riguardo, la contrattazione collettiva all’interno dell’UE, la sua prassi, rivela diverse “anomalie”¹⁴⁸ che devono essere chiarite.

Tale prassi, attraverso il cd. dialogo sociale europeo, coinvolge diverse forme, più o meno istituzionalizzate, di organizzazioni rappresentative di lavoratori e imprese a livello europeo (*dialogo sociale bilaterale*), cui si aggiungono, in alcuni casi, anche le istituzioni dell’Unione, e in particolare la Commissione (*dialogo sociale trilaterale*).

La finalità delle cd. *intese triangolari* va ricercata in una sorta di legittimazione preventiva degli atti di competenza delle istituzioni comunitarie, “sperimentata tecnica di ‘contenimento’ della crisi dello stato keynesiano”¹⁴⁹ che, coinvolgendo direttamente le parti sociali nel processo di formazione delle decisioni, sfocia in una legislazione “contrattata”¹⁵⁰. Questa forma di dialogo, incentivata già dal 1985 dal Presidente della Commissione Jacques Delors, viene successivamente istituzionalizzato nell’Accordo sulla politica sociale, allegato al Trattato di Maastricht, e successivamente, in seguito all’accettazione

¹⁴⁶ Cfr. A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2010, pag. 123, con la conseguenza di farne una sorta di “variabile dipendente dalla interpretazione (giudiziale) di cosa debba intendersi per diritto comunitario”.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pag. 125.

¹⁴⁸ I. Ingravallo, *Il diritto di sciopero e quello di contrattazione collettiva nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in P. Gargiulo (a cura di), *Politica e diritti sociali nell’Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, Napoli, 2011, pag. 217 ss.

¹⁴⁹ V. B. Veneziani, *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazione istituzionale dell’Unione europea*, in *Riv.giur.lav.*, 1998, 2, pag. 252.

¹⁵⁰ “Il dialogo sociale è il vestibolo, oltre che della consultazione, della contrattazione collettiva; è cioè un antecedente logico perché al suo interno si sviluppi la tappa ulteriore che può condurre ad un accordo” (B. Veneziani, *op. cit.*, 1998, pag. 260).

del Regno Unito, confluisce nel TCE, agli articoli 138-139 (attuali articoli 154 e 155 TFUE).

Il dialogo sociale europeo si sviluppa attraverso diverse modalità: può essere volontario o istituzionale e, secondo l'oggetto trattato, può essere generale ovvero settoriale.

Anche i risultati raggiunti possono essere diversi e di diversa forza, concretizzandosi in mere dichiarazioni o raccomandazioni, oppure in veri e propri accordi, che possono in alcuni casi essere trasferiti in atti di diritto dell'Unione europea (c.d. contrattazione istituzionale), o collocarsi all'esterno delle fonti di diritto dell'Unione, quali impegni o dichiarazioni di intenti che vincolano unicamente la parti stipulanti (c.d. contrattazione autonoma).

Le anomalie di cui si parlava prima e le conseguenti difficoltà a realizzare un'efficace contrattazione a livello europeo emergono dal fatto che nello spazio nell'Unione non è ravvisabile un sistema di relazioni industriali comparabile a quello degli Stati e, quindi, non è possibile caratterizzare la contrattazione negli stessi termini in cui essa si realizza a livello nazionale¹⁵¹. Le organizzazioni sindacali europee, infatti, più che rappresentare gli interessi della collettività dei lavoratori comunitari, "hanno, per lungo tempo perseguito interessi eterodeterminati individuabili, essenzialmente, nel superamento delle difficoltà regolative comunitarie e nell'accreditamento nell'ordinamento comunitario"¹⁵².

Anche la rappresentatività delle parti sociali coinvolte nella contrattazione presenta dei profili di differenziazione dal panorama nazionale: per lo più di enti di coordinamento tra i sindacati e tra le imprese nazionali degli Stati membri, che non hanno di regola il potere di vincolare i loro associati¹⁵³.

Non essendoci un sindacato europeo o un'associazione imprenditoriale europea, non esiste un sistema di relazioni industriali europeo e, di conseguenza, la contrattazione risulta essere sostanzialmente differente da quella nazionale.

¹⁵¹ I. Ingravallo, *op. cit.*, pag. 260 che richiama l'analisi condotta da M. Peruzzi, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, in *Lav. dir.*, 2010 e M. Martone, *Sindacato europeo e contrattazione collettiva*, in *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, diretto da F. Carinci, A. Pizzoferrato, Torino, 2010.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ Tra cui CES (Confederazione europea dei sindacati, ETUC secondo l'acronimo inglese), Business Europe (che riunisce le imprese), CEEP (l'associazione delle imprese a partecipazione pubblica o che erogano servizi di interesse economico generale) e UEAPME (che raccoglie le piccole e medie imprese).

Coerentemente a questa situazione, l'eventuale obbligo di trasferire anche a livello nazionale il contratto collettivo oggetto della negoziazione a livello di Unione europea, pertanto, può trovare la sua fonte soltanto in una apposita regola interna all'organizzazione stipulante il contratto.

Nel caso in cui il contratto collettivo venga trasfuso in una fonte di diritto dell'UE, assumendo rango legislativo, si può ravvisare "in questo rapporto 'flessibile' fra legge e contratto, un "policentrismo regolativo" fatto di gradazioni diverse dei rapporti fra le fonti, fino a consentire l'efficacia diretta del contratto collettivo e il primato sugli ordinamenti nazionali delle opzioni normative delle parti sociali a livello comunitario, anche quando in questi ordinamenti il regime di efficacia del contratto collettivo non lo consentirebbe in linea di principio"¹⁵⁴. Tesi confermata anche dalla giurisprudenza della corte di Giustizia¹⁵⁵.

Soprattutto in quest'ultimo caso emerge chiaramente come il problema della rappresentatività delle parti sociali non possa essere sottovalutato, considerato che, dal punto di vista democratico, coinvolge direttamente il rapporto fra esercizio del potere (normativo) e *accountability* dei rappresentanti.

Un coerente sviluppo del dialogo sociale esige una partecipazione delle organizzazioni sindacali coerente con "rappresentanza pluralistica e 'controllo' della democraticità del funzionamento interno delle organizzazioni; partecipazione e garanzia di rappresentazione degli interessi, anche dei più deboli, ruolo "semi-pubblico" delle rappresentanze funzionali e legittimazione democratica da parte dei rappresentati. Un terreno impervio e scivoloso, risolto con una varietà di modelli negli ordinamenti nazionali ma ancora allo stadio embrionale in ambito europeo, sia per la scelta astensionistica relativa al diritto di associazione (art. 137 TCE, ora 153 TFUE), sia per l'indifferenza dimostrata dalla Carta dei diritti quanto all'affermazione del principio democratico/rappresentativo"¹⁵⁶.

La Commissione e il giudice europeo, nel silenzio dei Trattati, si sono posti il problema di individuare alcuni criteri validi a valutare la rappresentatività delle parti sociali a vario titolo coinvolte nella negoziazione.

¹⁵⁴ G. Fontana, *op. cit.*, pag. 122.

¹⁵⁵ Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia 8 giugno 1982 *Commissione c. Repubblica italiana*, causa C- 91/81.

¹⁵⁶ V. G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, cit. pag. 118

Mentre la Commissione¹⁵⁷ ha graduato tali criteri in relazione alle diverse forme di dialogo sociale, consultazione e negoziazione collettiva, invece il Tribunale di primo grado¹⁵⁸ ha individuato una soglia di *rappresentatività cumulativa sufficiente*, valida per la verifica *ex post* della rappresentatività dei soggetti stipulanti. Secondo la Corte “per soddisfare le condizioni di una rappresentatività cumulativa sufficiente, è necessario che i diversi firmatari dell’accordo quadro possano rappresentare tutte le categorie d’imprese e di lavoratori a livello comunitario”.

Tali criteri di rappresentatività non appaiono dissimili a quanto richiesto negli ordinamenti nazionali¹⁵⁹, sono incentrati sulla natura intercategoriale e sul

¹⁵⁷ COM (1993) 600 final 14 dicembre 1993; COM (1998) 322 final 20 maggio 1998. In particolare, ai fini della consultazione, la rappresentatività è quella che deriva dall’essere le organizzazioni di rappresentanza: a) interprofessionali, settoriali o di categoria e organizzate a livello europeo, b) composte da organizzazioni riconosciute rappresentative a livello nazionali e aventi capacità negoziale, e rappresentative di tutti o della maggior parte degli stati membri, c) capaci di disporre di strutture adeguate tali da consentir loro di prendere parte alla consultazione. Tra queste associazioni o organizzazioni potrà darsi l’apertura del negoziato ai fini previsti dall’art. 138 TCE; in tal caso, la Commissione “procede ad una valutazione che tiene conto del carattere rappresentativo delle parti contraenti” (COM 1993, 600) riservandosi di non procedere alla proposta al Consiglio di adozione di una direttiva laddove ritenga “che le parti firmatarie non siano sufficientemente rappresentative in relazione alla portata dell’accordo” (COM 1998, 322).

¹⁵⁸ Decisione T-135/96 del 17 giugno 1998.

¹⁵⁹ Per quanto riguarda la situazione italiana, il concetto di rappresentatività sindacale è stato rivisitato nel corso del tempo. Innanzitutto, è opportuno distinguere tra rappresentanza e rappresentatività sindacale. Mentre la prima riguarda tutti i sindacati che hanno la rappresentanza sindacale dei loro iscritti, grazie al mandato che ricevono dal lavoratore con l’iscrizione, più complicata risulta la seconda. La rappresentatività sindacale è, infatti, la capacità di alcuni sindacati di essere rappresentativo della generalità dei lavoratori (iscritti e non). Tale rappresentatività è data dalla forza, consistenza ed “affidabilità” del sindacato nel panorama nazionale. La nozione di rappresentatività riguarda diversi aspetti e viene utilizzata per selezionare i sindacati a cui attribuire i diritti sindacali in azienda (art. 19 St. Lav.); nella legislazione c.d. *deregolativa* o *di rinvio*; o ancora, nella legislazione che ha attribuito a questi sindacati poteri di partecipazione e controllo su alcune scelte aziendali che hanno ricadute gravi sui lavoratori (licenziamenti collettivi, cassa integrazione, trasferimento d’azienda).

Prima dell’intervento legislativo apportato nel 1970 dalla Legge 300/1970, l’unico riferimento normativo ai fini della individuazione dei sindacati maggiormente rappresentativi era dato dall’art. 39 Costituzione, che individua come unico parametro la consistenza associativa.

La norma costituzionale attribuisce ai sindacati, previa registrazione, il potere di stipulare contratti collettivi di lavoro vincolanti per tutti i lavoratori appartenenti alla categoria cui il contratto si riferisce, e ciò nell’ambito di una delegazione unitaria di tutti i sindacati registrati, ognuno rappresentato in proporzione ai propri iscritti. La mancata attuazione dell’articolo nei commi 2 e seguenti (e in parte la mancata disciplina legislativa della registrazione) ha inevitabilmente vanificato la norma.

Con lo Statuto dei lavoratori, la nozione di sindacato maggiormente rappresentativo viene riconosciuta soltanto ai sindacati in possesso dei requisiti di cui all’art. 19, i quali hanno la possibilità di costituire le RSA (Rappresentanze Sindacali Aziendali) che possono essere costituite ad iniziativa dei lavoratori nelle imprese industriali e commerciali con più di 15 dipendenti in ciascuna unità produttiva, oppure nell’ambito dello stesso comune.

E' evidente come il riconoscimento di tali diritti solo ad alcune organizzazioni sindacali (in possesso dei requisiti di cui al citato art. 19) abbia posto il problema di una sua compatibilità con l'art. 39 comma 1 della Costituzione, che invece prevede un diritto incondizionato di organizzazione sindacale. La Corte Costituzionale, con le sentenze n. 54 del 1974, n. 334 del 1988 e n. 30 del 1990, ha affermato la legittimità della selezione dei sindacati rappresentativi, a cui attribuire diritti e prerogative ulteriori rispetto quelli attribuiti a tutte le organizzazioni sindacali, se tale selezione ha luogo in virtù di elementi giustificativi rispondenti a criteri di ragionevolezza. Il criterio della rappresentatività, come strumento selettivo, secondo l'orientamento della Corte, è quello che il legislatore ritiene più idoneo a favorire l'aggregazione e il coordinamento "degli interessi dei vari gruppi professionali, di sintesi delle varie istanze rivendicative e di raccordi con lavoratori non occupati", e quindi permettere "l'ordinato svolgimento del conflitto sociale".

L'art. 19 dello Statuto dei lavoratori non fornisce alcuna indicazione utile alla definizione del sindacato maggiormente rappresentativo, limitandosi a disporre (prima della parziale abrogazione) che le RSA possono essere costituite, tra l'altro, nell'ambito delle "associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale". Era dunque inevitabile che la definizione del sindacato maggiormente rappresentativo fosse demandata alla giurisprudenza.

Il referendum abrogativo del 1995 segna la rottura del sistema delineato dallo Statuto, poiché fa venire meno la lett. a dell'art. 19 e quindi il modello costruito sul sindacato confederazione maggiormente rappresentativa, e, estendendo l'ambito della lett. b, legittima il micro sindacalismo a livello d'impresa. (A. Garilli, *Crisi e prospettive della rappresentatività sindacale: il dialogo tra Corte costituzionale e accordi sindacali*, ADL, 1/2015, pagg. 38 ss.) Anche se la valorizzazione del sindacato maggiormente rappresentativo non scompare del tutto, emergono due importanti modifiche: da una parte tende a scomparire il richiamo alle confederazioni, nel senso che tale carattere del sindacato non è più richiesto dalla legge (A. Garilli, *Crisi e prospettive della rappresentatività sindacale: il dialogo tra Corte costituzionale e accordi sindacali*, ADL, 1/2015, pagg. 38 ss., PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, pag. 378; Sull'art.8 e la sua portata nel sistema di relazioni industriali *amplius* in A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n.148/2011 nel sistema delle relazioni industriali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag.31), dall'altra si generalizza la formula di sindacato comparativamente più rappresentativo, con la finalità di reprimere il fenomeno dei c.d. *contratti pirata*, stipulati da sindacati autonomi, meno rappresentativi in comparazione con altri, e con contenuto economico-normativo assai inferiore rispetto a quello dei contratti collettivi nazionali di categoria firmati dalle confederazioni (A. Garilli, *op. cit.*, che richiama G. PERA, *Note sui contratti collettivi pirata*, in *Riv. It.Dir. Lav.*, I, 1997, pag. 381. Da ultimo, sulla perdita di centralità del modello confederale cfr. A. BELLAVISTA, *Il sindacato confederale: un centauro del terzo millennio*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 208/2014).

Questo cambiamento segna la definitiva crisi della nozione di sindacato maggiormente rappresentativo, dovuta alla frammentazione degli interessi dei lavoratori e dalle tensioni interne tra le tre confederazioni. Si assiste così al passaggio dalla rappresentatività presunta a quella effettiva qualificata e misurata, con forti spinte verso la contrattazione aziendale, separata, "quale mezzo per la fuoriuscita da quella nazionale di categoria" (A. Garilli, *Crisi e prospettive della rappresentatività sindacale: il dialogo tra Corte costituzionale e accordi sindacali*, ADL, 1/2015, pagg. 38 ss.) In questo nuovo quadro delle relazioni sindacali non può essere trascurato l'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 231 del 2013. In tale occasione la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art 19 St. Lav., "nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati all'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda". In tal modo, la Corte, utilizzando la tecnica della cosiddetta sentenza "additiva", ha aggiunto nell'art.19 Stat. Lav. un'ulteriore possibilità per la costituzione delle RSA, rispetto a quella della stipulazione del contratto, rappresentata dalla mera partecipazione del sindacato alle trattative, anche se non seguita dalla sottoscrizione di un contratto o accordo applicato in azienda.

carattere generale delle organizzazioni, pur non escludendo la rappresentatività settoriale o categoriale ai fini della contrattazione di settore¹⁶⁰.

Nonostante questi interventi, però, rimane il pericolo che il controllo sulla rappresentatività di soggetti collettivi, partecipanti a contrattazioni potenzialmente in grado di sfociare nell'adozione di norme vincolanti per tutti i cittadini europei, possa derivare da "valutazioni sommarie o derivanti da criteri nazionali, o affidarsi al reciproco riconoscimento con il rischio di escludere dal tavolo negoziale gli interessi meno forti, sotto-rappresentati, ovvero gli interessi estranei alle associazioni stipulanti"¹⁶¹.

Uno spazio pericolosamente libero che mostra la libertà sindacale come un 'Giano bifronte', da una lato elevata al rango di diritto fondamentale, dall'altro soccombente di fatto alla supremazia del valore dell'integrazione dei mercati. Spazio che non sempre verrà colmato a favore dei lavoratori.

1.4 L'articolo 11 della Cedu. Tutela dei diritti collettivi del lavoratore e giurisprudenza della Corte di Strasburgo

Indubbiamente la tutela dei diritti relativi al lavoro rappresenta un aspetto fondamentale della garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo, al centro della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, già prima, oggetto di numerosi atti internazionali¹⁶².

I diritti collettivi giuslavoristici, quelli cioè di associazione sindacale, contrattazione collettiva e sciopero, sono stati spesso considerati rientranti nella categoria dei diritti civili in quanto diritti di partecipazione e sono stati perciò

(Tra i commenti B. CARUSO, *Fiom vs Fiat: Hard Cases davanti alla Consulta a proposito dell'art. 19 dello Statuto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 1029 F. CARINCI, *Il buio oltre la siepe: Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, pag. 899; A. ZOPPOLI, *Art. 19 dello statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza n.231/2013*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 201/2014, R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza n. 231 /2013 della Corte costituzionale sullo sfondo della crisi del sistema sindacale anomico*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, pag. 45; A. GARILLI, *Reciproco riconoscimento e rappresentatività sindacale spunti ricostruttivi della sentenza della Corte costituzionale n. 231 de 2013*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, pag. 19).

¹⁶⁰ M. Roccella, T.Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2012, pag. 485 ss.

¹⁶¹ F. Scarpelli, *Diritto comunitario e legittimazione democratica*, in *Questione Giustizia*, 2000, pag. 114.

¹⁶² Si pensi alla Dichiarazione Universale dei diritti umani, al Patto internazionale sui diritti sociali economici e culturali e alla CEDU e i suoi Protocolli.

spesso inseriti sia nelle convenzioni riguardanti i diritti civili e politici, sia in quelle riguardanti espressamente i diritti sociali.

Il lavoro, inteso come svolgimento dello sviluppo dell'individuo e componente essenziale della vita, trova tutela anche nella Carta sociale, predisposta dal Consiglio d'Europa, che prevede diversi diritti connessi alla sfera lavorativa ovvero condizioni di retribuzione, assicurazioni di disoccupazione, formazione e ferie retribuite¹⁶³.

A parte il riferimento al diritto di sciopero, la CEDU non prevede alcun diritto relativo al lavoro, l'unico riferimento è contenuto art. 4, che vieta il lavoro forzato e la schiavitù e che contiene un breve elenco di fattispecie lavorative escluse dalla definizione di lavoro forzato.

Ciò nonostante, la Corte di Strasburgo, tramite un'interpretazione estensiva degli articoli 6, 8, 9, 10, e 11 CEDU è riuscita, in determinati ambiti, a garantire diritto di accesso al lavoro, tutela contro il licenziamento ingiustificato, diritto alla retribuzione, alla pensione ed ai diritti sociali collettivi, spesso servendosi delle disposizioni della Carta Sociale Europea.

L'articolo 11 della Cedu che, nello specifico, riguarda la libertà sindacale, la individua come una forma o un aspetto speciale della libertà di associazione: si protegge la libertà del sindacato di difendere gli interessi professionali degli aderenti mediante l'azione collettiva e si impone agli Stati contraenti di rendere possibile l'intervento del sindacato a tutela degli interessi di coloro che vi aderiscono.

Tuttavia, non si garantisce né ai sindacati, né agli iscritti un trattamento preciso da parte dello Stato, lasciando a quest'ultimo la libera scelta dei mezzi da utilizzare per assicurare il rispetto del diritto in questione.

Restrizioni legittime possono essere imposte nell'esercizio dei diritti sindacali ad alcuni soggetti, ma tali eccezioni previste dall'art. 11 esigono un'interpretazione restrittiva, in quanto incidenti sulla libertà di associazione.

¹⁶³ La Carta sociale europea, del 1961 e successivamente modificata nel 1996, garantisce i diritti sociali ed economici in materia di alloggio, salute, istruzione, occupazione, circolazione delle persone, non discriminazione e tutela giuridica.

Garante della Carta sociale dovrebbe essere il Comitato europeo per i diritti sociali, riformato nel 1998, formato da quindici esperti indipendenti, eletto dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, che si pronuncia su una serie di reclami collettivi e di rapporti annuali sottoposti dagli Stati membri.

Nell'ambito del sistema di rapporti nazionali il Comitato adotta delle conclusioni, mentre in quello della procedura dei reclami collettivi adotta delle decisioni.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche in carenza di una completa proclamazione dei diritti sociali, attraverso la sua giurisprudenza¹⁶⁴, è riuscita ad approntare un'adeguata protezione alla libertà sindacale e, per il suo tramite, al diritto alla contrattazione collettiva.

Infatti, secondo la Corte l'art. 11, in materia di libertà di associazione ricomprende al suo interno anche la libertà sindacale, come suo prolungamento, ed in particolare come libertà collettiva. La libertà sindacale, sulla base delle migliori tradizioni in materia, viene concepita sia in senso *positivo*, ovvero come garanzia effettiva riconosciuta al lavoratore di associarsi liberamente ad un sindacato, sia in senso *negativo*, ovvero di non essere obbligato all'adesione¹⁶⁵.

La tutela della libertà sindacale riguarda non soltanto il singolo lavoratore, ma si estende anche al sindacato, organizzazione collettiva della quale vanno tutelate ideologia e valori caratterizzanti¹⁶⁶.

L'affermazione degli altri diritti connessi alla libertà sindacale, tra cui quello di sciopero e quello di negoziazione, si è rivelata più complicata poiché inizialmente esclusa dall'interpretazione dell'art. 11¹⁶⁷.

La Corte, ferma su questo scoglio interpretativo per oltre un decennio, ha poi finalmente rivisto la sua posizione ricomprendendo nell'art. 11 anche il diritto di negoziazione collettiva, sulla scorta di un'interpretazione adeguatrice¹⁶⁸ al diritto internazionale oltre che nazionale, col consueto limite del margine d'apprezzamento statale in questa materia.

¹⁶⁴ Nel noto caso *Airey c. Irlanda*, (sent. del 9 ottobre 1979, § 26 in tema di gratuito patrocinio, derivato dal generico diritto al "giusto processo", ex art. 6.1 CEDU) la Corte affermò che "sebbene (la Convenzione) enunci essenzialmente diritti civili e politici, molti di questi hanno delle implicazioni di natura economica o sociale. (...) (N)essuna barriera impermeabile separa i diritti socio-economici dall'ambito coperto dalla Convenzione".

¹⁶⁵ Nei sistemi sindacali degli Stati del nord Europa, dove generalmente l'affiliazione al sindacato è prevista obbligatoriamente dalla legge, la Corte ha sostenuto che l'autonomia personale deve essere rispettata sia nel caso della scelta di una volontaria affiliazione sia in caso contrario. Vedi la sentenza *Sorensen e Rasmussen v. Danimarca* (cit.), in cui la Danimarca è stata condannata perché ha permesso il licenziamento di alcuni lavoratori sulla base del loro rifiuto di pagare la quota d'associazione al sindacato.

¹⁶⁶ La Corte ha, infatti, sostenuto la legittimità del rifiuto da parte del sindacato all'affiliazione di un lavoratore che sostenga idee in contraddizione palese con i valori fondamentali che il sindacato difende. Sentenza *ASLEF v. Regno Unito*, ric. N. 11002/05 del 27 febbraio 2007.

¹⁶⁷ Nella sentenza *Gustafsson v. Svezia* del 1996 la Corte aveva rifiutato, infatti, di accordare spazio al diritto di negoziazione collettiva in quanto non rientrante nel campo di applicazione dell'art. 11.

¹⁶⁸ Sentenza *Demir e Baykara v. Turchia* (34503/97) del 12 novembre 2008.

Tuttavia, secondo la Corte, le limitazioni al diritto di negoziazione previste dal secondo comma dell'art. 11 devono essere interpretate in maniera restrittiva, al fine di assicurare una protezione concreta ed effettiva al diritto in questione.

Per quanto riguarda il secondo aspetto relativo alle libertà sindacali collettive, ovvero il diritto di sciopero, la Corte seppure aveva parzialmente riconosciuto che questo diritto fosse configurabile come libertà rientrante nel diritto di associazione¹⁶⁹, solo successivamente si è spinta a ricomprenderlo nella tutela dell'art. 11, con il solito limite derivante dalla teoria del margine di apprezzamento statale¹⁷⁰.

Alla luce di tutto ciò, appare chiaro come la posizione della Corte in materia di tutela del lavoro, nelle sue manifestazioni di sindacalismo e diritto di sciopero, sia orientata al riconoscimento esplicito di una tutela sovranazionale dei diritti sociali anche in chiave collettiva. Apertura questa, come si vedrà, spesso sconosciuta alla Corte di Giustizia.

La Corte europea dei diritti dell'uomo è entrata nel nucleo più intimo delle relazioni industriali attraverso un'interpretazione evolutiva dell'art. 11 CEDU e del diritto sancito di dar vita a sindacati e di farvi parte: riconoscendo i diritti di contrattazione collettiva e di sciopero, la Corte di Strasburgo ha ridefinito l'orientamento che lasciava agli Stati un *ampio* margine d'apprezzamento circa strumenti e poteri da riconoscere alla tutela collettiva dei lavoratori¹⁷¹, restringendolo considerevolmente.

¹⁶⁹ *Unisson v. Regno Unito* del 10 gennaio 2002, *OFS v. Norvegia* del 27 giugno 2002 e *Karaçay v. Turchia* del 27 marzo 2007.

¹⁷⁰ Sentenza *Demir e Baykara v. Turchia* (34503/97) del 12 novembre 2008, *Enrji Yapi Yol Sen v. Turchia*, del 21 aprile 2009.

¹⁷¹ Oggetto della sentenza in esame è la legislazione della Turchia che non garantisce l'esercizio del diritto di sciopero ai lavoratori di diversi settori della pubblica amministrazione e dei servizi pubblici.

Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Eneryi Yapi – Yol Sen v. Turkey* (68959/01) del 21 aprile 2009, che fa seguito alla sentenza *Demir and Baykara v. Turkey* (34503/97) del 12 novembre 2008 con la quale anche il diritto alla contrattazione collettiva è stato ricondotto sotto la copertura dell'art.11 CEDU.

La Corte di Strasburgo, superando le precedenti incertezze, nella sentenza *Enveryi Yapi*, una volta incluso il diritto di sciopero nell'ambito di applicazione dell'art. 11, ha valutato se le restrizioni contestate fossero o meno compatibili con il comma secondo dello stesso articolo, che ne ammette la legittimità solo se "stabilite dalla legge" e se "misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione dei diritti e delle libertà altrui". Di conseguenza, visto il carattere generale ed assoluto dei limiti consentiti dalla normativa turca all'esercizio dell'azione sindacale, la Corte conclude per l'incompatibilità delle limitazioni con gli standard della CEDU.

Seppure in un'ottica di *favor praestatoris*, si assiste a un fenomeno analogo a quello dell'Unione europea, ovvero lo spostamento a livello europeo della decisione "costituzionale" sulla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori, ma con risultati diametralmente opposti¹⁷².

La posizione della Corte di Strasburgo dimostra come la diretta incidenza dei principi della CEDU nei rapporti interprivati (*Drittwirkung*) implichi il riconoscimento di obblighi positivi degli Stati a tutela della libertà sindacale nei confronti del datore di lavoro e delle stesse associazioni sindacali¹⁷³.

In questa sede si può già anticipare che la Corte di Strasburgo, "prospetta un bilanciamento che muove da un'ottica opposta rispetto a quella della Corte di Giustizia, dal momento che per la prima lo sciopero è il diritto da tutelare mentre per la seconda un limite ad un'altrui libertà, da giustificare"¹⁷⁴.

Bisognerà chiedersi: è prevedibile un rafforzamento della Corte di Strasburgo, in seguito all'adesione dell'Unione alla Convenzione, come previsto dal Trattato di Lisbona?

I diritti riconosciuti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo infatti "fanno parte integrante del diritto dell'Unione in quanto principi generali" (art.6.3 TUE) e la stessa Carta di Nizza richiama la CEDU sia per sancire l'equivalenza del "significato e la portata" dei diritti riconosciuti nelle due fonti (art.52.3), sia per escludere che alle disposizioni contenute nella prima possa essere data un'interpretazione "limitativa o lesiva" dei diritti affermati dalla seconda¹⁷⁵.

Con l'adesione dell'Unione alla CEDU, come previsto dall'art.6.2 TUE, si porterebbe poi a definitivo compimento il processo di integrazione tra le diverse fonti "europee", poiché le sentenze della Corte di Strasburgo sarebbero parte integrante del diritto dell'Unione¹⁷⁶.

Si dovrebbe ipotizzare, in teoria, che qualora la Corte di Giustizia fosse chiamata nuovamente ad operare un giudizio di bilanciamento tra libertà economiche e diritto di sciopero, dovrebbe necessariamente rilevare come i

Si veda G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?* In *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, II, pag. 975 ss.

¹⁷² Vedi *infra* cap II

¹⁷³ G. Bronzini, *op. cit.*, 2009, pag. 975 ss.

¹⁷⁴ G. Orlandini, *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona* in www.europeanrights.eu

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Vedi *infra*, capitolo III.

lavoratori europei, ai sensi dell'art. 28 della Carta, abbiano "il diritto [...] di ricorrere, in caso di conflitto di interessi, ad azioni collettive a difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero" e che non sono ammesse limitazioni di tale diritto incompatibili con quanto prescrive l'art.11 della CEDU, come interpretato dalla Corte dei diritti dell'uomo.

"Che ciò possa tradursi in una revisione sostanziale dei principi enunciati nelle sentenze *Viking* e *Laval* è però tutt'altro che scontato"¹⁷⁷.

Anche perché, tra l'altro, non si può nascondere un'odierna tendenza¹⁷⁸ che vuole ridimensionare il potere della Corte EDU e la pervasività della sua giurisprudenza rispetto alle scelte politiche statali, limitandone l'intervento a casi particolarmente gravi di violazione dei diritti umani, non giudicati da giurisdizioni nazionali.

Questa esigenza manifesta il riemergere di un certo bisogno di "protezionismo costituzionale" o, se si vuole, "di tutela dell'autonomia dei sindacati" che necessariamente si scontra con le dinamiche di un mercato comune, europeo.¹⁷⁹

2. La libertà sindacale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: un bilanciamento "sbilanciato" con le libertà economiche dell'Unione

2.1. Il caso Viking

La causa *International Transport Workers' Federation e Finish Seamen's Union* contro *Viking Line APB* e *OU Viking Line Eesti* (C-438/05), inaugura l'inizio di un'avventura "probabilmente in un pertugio senza uscita"¹⁸⁰ della Corte di Giustizia nel bilanciamento tra libertà di impresa, sotto forma di libertà di circolazione e di stabilimento, e la libertà di autotutela dei lavoratori, *sub specie* di diritto di sciopero e di diritto alla contrattazione collettiva.

¹⁷⁷ G. Orlandini, *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona*, in S. Borrelli, A. Guazzarotti, S. Lorenzon, *op. cit.*, pag. 168.

¹⁷⁸ Ciò è emerso nel corso della *Conferenza di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti*, tenuta il 19 e 20 aprile 2012 su iniziativa del Regno Unito.

¹⁷⁹ D. Tega, *op.cit.*, pag. 5.

¹⁸⁰ V. Angiolini, *Laval, Viking, Ruffert e lo spettro di Le Chapelier* su <http://w3.uniroma1.it/masterlavoro/>.

La domanda di pronuncia pregiudiziale, sollevata dalla *Court of Appeal (England and Wales - Civil Division)*, ha ad oggetto la legittimità di un'azione collettiva di organizzazioni sindacali volta a dissuadere l'operatore di servizi di traghetto dall'abbandonare la bandiera finlandese di una delle sue navi, per registrare la stessa con la bandiera di un altro Stato membro.

La *Viking Line ABP (Viking)* è una società di diritto finlandese che offre servizi di traghetto, mentre la *OU Viking Line Eesti (Viking Eesti)* è la sua controllata estone.

La *Viking*, attraverso un uso "strumentale" della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi cercava di ottimizzare la sua competitività all'interno del mercato del settore dei trasporti, "sfruttando" la normativa meno garantista, in termini di costo del lavoro, vigente in altri contesti nazionali.

Attraverso l'operazione del cambiamento di bandiera (fenomeno delle c.d. *bandiere di convenienza*) e la registrazione della stessa in un altro Paese, Estonia o Norvegia, la *Viking* voleva accaparrarsi la conclusione di un nuovo contratto collettivo con un sindacato avente sede in uno dei due Paesi in questione.

La *Viking* era proprietaria del "Rosella", un'imbarcazione battente bandiera finlandese che operava sulla rotta Tallin – Helsinki, tra l'Estonia e la Finlandia e il cui equipaggio si componeva di iscritti alla *Finnish Seamen's Union* ("FSU"), un sindacato nazionale finlandese di lavoratori marittimi, con sede a Helsinki, affiliato alla *International Transport Workers' Federation* ("ITF"), una federazione di sindacati dei lavoratori del settore dei trasporti, che ha invece sede a Londra.

Quest'ultima federazione operava proprio sul fronte delle "bandiere di convenienza", facendosi promotore di una coraggiosa campagna, attraverso boicottaggi, scioperi e altre azioni di solidarietà tra lavoratori, volta all'imposizione di un legame sostanziale tra la bandiera della nave e la nazionalità del proprietario, in un'ottica di maggiore tutela delle condizioni di lavoro dell'equipaggio delle navi battenti una bandiera di convenienza. Il cambio di bandiera sarebbe stato giustificato soltanto qualora la proprietà effettiva e il controllo della nave fossero riferiti ad uno Stato diverso da quello della bandiera con cui la nave era stata inizialmente immatricolata.

Il *Rosella*, in quanto battente bandiera finlandese, obbligava la *Viking*, secondo il diritto finlandese ed il contratto collettivo al riguardo applicabile, a garantire ai membri dell'equipaggio retribuzioni di livello identico a quelle finlandesi.

In applicazione di ciò, l'imbarcazione avrebbe operato in perdita, in quanto le retribuzioni degli equipaggi estoni erano inferiori rispetto a quelle degli equipaggi finlandesi, e sulla stessa tratta operavano navi battenti bandiera estone in grado di assicurare lo stesso servizio a costi ridotti, visto i salari inferiori da sopportare.

Per questo motivo la *Viking* decise, nel mese di ottobre 2003, di cambiare la bandiera del *Rosella*, immatricolarla in Estonia o in Norvegia, e concludere un nuovo contratto collettivo con un sindacato avente sede in uno dei due Stati, nonostante la chiara opposizione della FSU e, successivamente della stessa Federazione madre (ITF) che, in linea con il proprio statuto, si adoperava per bloccare il progetto e che, attraverso una circolare, imponeva ai suoi affiliati di non stipulare accordi con la società finlandese. La ITF annunciava anche la propria intenzione di avviare uno sciopero, chiedendo alla *Viking* di incrementare l'equipaggio del *Rosella* e, soprattutto, di rinunciare al suo progetto di cambiamento di bandiera della nave.

La *Viking* accoglieva la prima richiesta ma non la seconda. Il sindacato affermava che avrebbe acconsentito al rinnovo dell'accordo relativo all'equipaggio soltanto qualora la *Viking* si fosse impegnata, indipendentemente da un eventuale cambiamento di bandiera del *Rosella*, a continuare a rispettare il diritto finlandese, il contratto collettivo di lavoro vigente nonché quello relativo all'equipaggio imbarcato sulla nave e che l'eventuale cambiamento di bandiera finlandese non avesse comportato licenziamenti di dipendenti impiegati a bordo né modifiche, senza l'accordo di dipendenti, delle condizioni di lavoro.

Sulla base di queste premesse inizia una vera e propria lotta tra la Federazione e la *Viking* che coinvolge sia il piano degli strumenti contrattuali e di accordo sindacale, sia il piano giudiziale.

Il secondo coinvolge l'*High Court of Justice* (England e Wales), la *Queen's Bench Division* (*Commercial Court* del Regno Unito) ed, infine, la *Court of Appeal* (England e Wales - Civil Division), davanti alla quale la ITF e la FSU sostengono il diritto dei sindacati di avviare un'azione collettiva per tutelare

i posti di lavoro, quale diritto fondamentale riconosciuto dal titolo XI del Trattato CE, ed in particolare dall'allora art. 136 CE, nonché dal richiamo della stessa disposizione alla Carta sociale europea e alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori¹⁸¹.

Sulla base di tali rilievi, poiché la soluzione della controversia riguardava l'interpretazione del diritto comunitario, la *Court of Appeal* decideva di sospendere il procedimento e, di sottoporre alla Corte di Giustizia una lunga serie di questioni pregiudiziali riguardanti l'interpretazione, da un lato, delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento, ed in particolare l'art. 43 Trattato CE, e, dall'altro, l'interpretazione del regolamento n. 4055/86, che rende applicabili al settore dei trasporti marittimi tra Stati membri tutte le norme del Trattato disciplinanti la libera prestazione dei servizi ¹⁸².

2.1.1. Le principali questioni decise dalla Corte

In sintesi, appare utile ripercorrere le principali questioni su cui si è pronunciata la Corte di giustizia nella sentenza in oggetto.

1) Se un'azione collettiva intrapresa da sindacati nei confronti di un'impresa al fine di indurla a sottoscrivere un contratto collettivo, il cui contenuto sia in grado di dissuaderla dall'esercizio della libertà di stabilimento, esuli dal campo di applicazione dell'art. 43 CE.

Per rispondere al quesito, la Corte richiama la sua stessa giurisprudenza che estende l'applicazione degli artt. 39, 43 e 49 Trattato CE. Questi articoli, che disciplinano rispettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi, non si applicano solo agli atti delle autorità pubbliche, ma anche alle normative di altra natura, come i contratti collettivi ed altri atti conclusi o adottati da soggetti privati che regolamentano le condizioni di lavoro

¹⁸¹ Pertanto, in analogia con quanto stabilito in *Albany*, 1999, causa C-67/96, *Pavlov e a.*, 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Van der Woude*, causa C-222/98, il Titolo III del Trattato e gli articoli relativi alla libera circolazione delle persone e dei servizi non sarebbero applicabili alle attività sindacali.

¹⁸² La Corte solleva preliminarmente il carattere meramente ipotetico e, quindi, l'irricevibilità della questione relativa all'interpretazione del regolamento in quanto il cambiamento della bandiera non era ancora avvenuto, e afferma che "*la questione relativa alla libera prestazione di servizi*" doveva essere analizzata "*solo successivamente al cambiamento di bandiera del Rossella*" prospettato da Viking. Le questioni poste dal giudice del rinvio possono, quindi, secondo la Corte, essere risolte solo nella parte relativa all'interpretazione dell'art. 43 CE.

nei vari Stati membri. Limitare tali divieti ai soli atti delle autorità pubbliche rischierebbe di creare ineguaglianze nell'applicazione degli stessi¹⁸³.

Le azioni collettive dei sindacati, forme di rivendicazione spesso legate alla stipula di un contratto collettivo, sono da considerarsi inscindibilmente connesse al contratto collettivo stesso e quindi rientranti, in linea di principio, nell'ambito applicativo dell'art. 43 CE. Tra l'altro, sovente, l'esperimento di azioni collettive da parte dei sindacati dei lavoratori, come quelle intraprese dalla FSU e dalla ITF, espressione di autonomia giuridica degli stessi riconosciuta dal diritto interno, rappresenta l'ultima risorsa, l'*extrema ratio*, a disposizione delle organizzazioni sindacali per disciplinare collettivamente il lavoro dei lavoratori, e quindi, *a fortiori*, collegate al contratto collettivo del quale il sindacato, ovvero la FSU, cerca di ottenere la sottoscrizione.

Sebbene il diritto di associazione, di sciopero e di serrata non rientrino nelle competenze della Comunità, ciò non esclude che in quegli stessi ambiti gli Stati debbano comunque rispettare il diritto comunitario nell'esercizio delle proprie competenze. Il diritto di intraprendere un'azione collettiva costituisce un diritto fondamentale, parte dei principi generali del diritto comunitario: in quanto tale, esso costituisce un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario (ancorché relativi ad una libertà fondamentale); tuttavia, l'esercizio dei diritti fondamentali deve essere bilanciato con le altre libertà previste dal Trattato, conformemente al principio di proporzionalità¹⁸⁴.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte ha risolto la prima questione pregiudiziale dichiarando che l'art. 43 Trattato CE va interpretato nel senso che, in linea di principio, non è esclusa dall'ambito di applicazione di tale articolo un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento.

¹⁸³ Sentenze, *Walrave e Koch*, 1974, causa C-36/74; *Donà*, 1976, causa C-13/76; *Bosman*, 1995, causa C-415/93; *Deliège*, 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97; *Angonese*, 2000, causa C-281/98; *Wouters e a.*, 2002, causa C-309/99.

¹⁸⁴ *Schmidberger*, 2003, causa C-112/00; *Omega* 2004, causa C-36/02. Per la Corte, il ragionamento seguito nella sentenza *Albany* (relativo all'art. 85, n.1, poi divenuto 81, n. 1, CE) non si può ritenere applicabile alle libertà fondamentali del Titolo III del Trattato: le disposizioni del Trattato possiedono ciascuna proprie condizioni di applicazione.

2) *Se l'art. 43 CE conferisca a un'impresa privata diritti opponibili a un sindacato o a un'associazione di sindacati.*

La FSU e la ITF sostengono che dalla norma interessata non derivino obblighi a loro carico, disciplinando la stessa solo provvedimenti pubblici, e non persone giuridiche private senza alcun potere normativo.

La Corte ricorda come l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone e alla libera prestazione dei servizi risulterebbe "svuotata" se l'eliminazione delle barriere di origine statale potesse essere compromessa, o addirittura neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni ed enti di natura non pubblicistica. La circostanza che determinate disposizioni del Trattato abbiano come destinatari formali gli Stati membri non esclude che, al tempo stesso, vengano attribuiti diritti in capo ai singoli interessati all'osservanza degli obblighi imposti e, dall'altro, che il divieto di violare una libertà fondamentale prevista da una disposizione del Trattato di natura imperativa valga in particolare per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato¹⁸⁵.

Dunque, l'art. 43 CE conferisce a un'impresa privata diritti opponibili anche a un sindacato o a un'associazione di sindacati.

3) *Se azioni collettive come quelle in esame nella causa principale costituiscano restrizioni ai sensi dell'art. 43 CE e, in caso affermativo, in quale misura simili restrizioni possano essere giustificate.*

Secondo la Corte, un'azione collettiva come quella del caso *Viking*, progettata dalla FSU, può avere l'effetto di limitare l'esercizio da parte di un'impresa della sua libertà di stabilimento, impedendole di beneficiare, nello Stato membro ospitante, del medesimo trattamento degli altri operatori economici stabiliti in tale Stato.

Nel caso di specie, la lotta del sindacato ITF contro le bandiere di convenienza, volta a dissuadere gli armatori dall'immatricolare le loro navi in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini i proprietari effettivi di tali navi, comporta una restrizione dell'esercizio della libertà di stabilimento che, in generale, può essere ammessa soltanto ove persegua un obiettivo legittimo

¹⁸⁵ Sentenza *Defrenne*, 1976, causa 43/75.

compatibile con il Trattato, sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale, sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada oltre ciò che è strettamente necessario per conseguirlo.

La tutela dei lavoratori, cui è diretta l'azione del sindacato, rientra tra le ragioni imperative di interesse generale¹⁸⁶ in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una libertà fondamentale garantita dal Trattato.

Secondo l'art. 3, n. 1, lett. c) e j), CE, l'azione della Comunità non è diretta soltanto all'instaurazione di "un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali", ma anche a "una politica nel settore sociale". L'art. 2 CE assegna alla Comunità il compito di promuovere "uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche" e "un elevato livello di occupazione e di protezione sociale".

Dalle norme citate deriva, quindi, che i diritti del Trattato relativi alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi della politica sociale.

Le azioni collettive finalizzate a garantire la realizzazione della politica perseguita dalla ITF, secondo la valutazione della Corte, in quanto tale politica produce il risultato di impedire agli armatori di immatricolare le proprie navi in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini i proprietari effettivi delle navi stesse, non possono essere considerate come restrizioni alla libertà di stabilimento oggettivamente giustificate. Infatti, sembrerebbe che nell'ambito della sua politica di lotta contro le bandiere di convenienza la ITF sia tenuta, su richiesta di uno dei suoi membri, ad avviare un'azione di solidarietà contro il proprietario effettivo di una nave battente bandiera di convenienza, ovvero una nave registrata in uno Stato diverso da quello di cui tale proprietario è cittadino, indipendentemente dalle possibili conseguenze dannose per i posti o le condizioni di lavoro.

Quindi, secondo il giudice europeo, l'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che azioni collettive come quella nel caso di specie, finalizzate a indurre un'impresa stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un

¹⁸⁶ Sentenza *Arblade e a.*, 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96; *Mazzoleni e ISA*, 2001, causa C-165/98; *Finalarte e a.*, 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98.

contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dello stesso articolo.

2.2. Il caso Laval

La Corte di Giustizia, in un arco di tempo molto ravvicinato alla sentenza *Viking*, si è pronunciata su un caso avente nuovamente ad oggetto il bilanciamento fra l'esercizio del diritto di ricorrere all'azione collettiva di un sindacato per la difesa degli interessi dei lavoratori e l'esercizio, da parte di un'impresa avente sede nella Comunità, della libera prestazione dei servizi, libertà fondamentale tutelata dal Trattato CE.

Il caso (C-341/05) ha richiesto l'interpretazione del giudice europeo riguardante gli artt. 12 e 49 Trattato CE e la direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sul distacco dei lavoratori nel caso di una prestazione di servizi.

La domanda pregiudiziale viene sollevata nell'ambito di una controversia pendente tra, da un lato, la *Laval un Partneri Ltd*, società di diritto lettone avente sede sociale a Riga, e, dall'altro, la *Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, il sindacato svedese dei lavoratori del settore delle costruzioni e dei lavori pubblici ("Byggnads"), la *Svenska Byggnadsarbetareförbundet avdelning 1*, la *Byggettan*, la sezione sindacale n. 1 di tale sindacato ("Byggettan"), nonché la *Svenska Elektrikerförbundet*, ovvero il sindacato svedese dei lavoratori del settore elettrico ("Elektrikerna").

Tra il maggio e il dicembre 2004 la *Laval* distaccava in Svezia alcuni lavoratori presso i cantieri della *Baltic*, società di diritto svedese controllata interamente dalla stessa *Laval* fino alla fine del 2003. Nel 2004, la *Laval* stipulava una serie di contratti collettivi con il sindacato lettone dei lavoratori dell'edilizia, ma non era vincolata con la *Byggnads*, con la *Byggettan* e con l'*Elektrikerna*, che non avevano propri membri tra il personale della *Laval*.

Nel giugno 2004, durante le trattative per l'adesione della *Laval* al contratto collettivo dell'edilizia, la *Byggettan* pretendeva dalla *Laval* la sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia per il cantiere di *Vaxholme* la

garanzia, per i lavoratori distaccati, di una retribuzione oraria basata su statistiche retributive della regione di Stoccolma, minacciando un'azione collettiva in caso di mancato accordo.

Fallite le trattative, il sindacato iniziava il blocco di un cantiere.

Dal dicembre 2004 le azioni collettive si intensificavano anche grazie all'appoggio dell'*Elektrikerna*, il sindacato dei lavoratori elettrici, che partecipava alle azioni collettive in solidarietà (cd. sciopero in solidarietà).

Per effetto di tali azioni, i lavoratori distaccati tornavano in Lettonia, l'impresa non era più in grado di svolgere le proprie attività e la *Baltic* veniva dichiarata fallita. La società si rivolgeva al giudice del lavoro di Stoccolma per chiedere che questo dichiarasse l'illegittimità tanto dello sciopero diretto quanto di quello di solidarietà e che condannasse i soggetti responsabili al pagamento dei danni causati. Il ricorrente invocava la libertà di prestare servizi e lamentava, dal proprio canto, la sofferenza di una presunta misura di effetto equivalente. I giudici svedesi decidevano di sospendere il giudizio e di esercitare il rinvio ai giudici europei.

2.2.1 Principali questioni decise dalla Corte

Il sindacato del giudice europeo ha toccato, in questa sentenza, punti cruciali del rapporto tra libertà di azione sindacale e libertà economiche. Nello specifico:

1) Se gli artt. 12 CE e 49 CE, nonché la direttiva 96/71, debbano essere interpretati nel senso che ostano a che, in uno Stato membro in cui le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n.1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva sono contenute in disposizioni legislative, ad eccezione dei minimi salariali, un'organizzazione sindacale possa tentare di costringere, con un'azione collettiva in forma di blocco dei cantieri, un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da riconoscere ai lavoratori distaccati, nonché a sottoscrivere un contratto collettivo del quale alcune clausole prevedono, per talune delle materie indicate, condizioni più favorevoli di quelle contenute nelle disposizioni legislative vigenti, mentre altre clausole si riferiscono ad aspetti non previsti nell'art. 3 della direttiva.

Il principio generale del divieto di discriminazione in base alla nazionalità, di cui all'art.12 CE, opera in assenza di altra norma specifica di non discriminazione previste dal Trattato, che, nel caso della libera prestazione di servizi, è offerta dall'art. 49 CE. Per cui la Corte ritiene non necessario pronunciarsi in relazione all'art. 12 CE.

Gli artt. 49 e 50 CE ostano a che uno Stato membro vieti ad un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro di spostarsi liberamente nel suo territorio con tutto il suo personale, oppure ostano a che sottoponga l'eventuale spostamento a condizioni più restrittive o più gravose, capaci di discriminare il prestatore rispetto ai suoi concorrenti nello Stato membro ospitante, e pregiudicare la sua capacità di fornire la prestazione¹⁸⁷.

Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano le loro leggi o contratti collettivi di lavoro, in materia di minimi salariali, a qualsiasi persona che svolga attività lavorativa subordinata, anche temporanea, nel loro territorio, indipendentemente dal Paese in cui è stabilito il datore di lavoro¹⁸⁸, purché tali norme siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, cioè la protezione dei lavoratori distaccati, senza andare oltre quanto necessario per conseguirlo¹⁸⁹.

La direttiva 96/71 non si è occupata della armonizzazione dello *standard* di protezione minima, che può essere liberamente definito dagli Stati membri, nel rispetto del Trattato e dei principi generali del diritto comunitario¹⁹⁰.

Ai sensi della direttiva citata, le condizioni di lavoro e di occupazione possono essere fissate da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o da contratti collettivi o decisioni arbitrali dichiarati di applicazione generale, e gli Stati membri, in mancanza di un sistema di applicazione generale dei contratti collettivi o delle decisioni arbitrali, possono avvalersi di quelli applicabili a tutte le imprese simili appartenenti al settore interessato o di quelli conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio

¹⁸⁷ Sentenza *Rush Portuguesa*, 1990, C-113/89.

¹⁸⁸ Sentenze *Secoe Desquenne & Giral*, 1982, C-62/81 e C-63/81, *Portugaia Construções*, 2002, C-164/99.

¹⁸⁹ Sentenze *Arblade e a.*, 1999, C-369/96 e C-376/96, e *Commissione c. Germania*, 2005, C-341/02.

¹⁹⁰ Come ribadito anche nella sentenza *Commissione c. Germania* 2007, C-490/04.

nazionale, purché sia assicurata la parità di trattamento alle imprese distaccanti lavoratori.

Nel caso della Svezia¹⁹¹, le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g) della direttiva 96/71, ad eccezione dei minimi salariali, sono state determinate da disposizioni legislative, i contratti collettivi non sono dichiarati di applicazione generale e non è stata utilizzata la possibilità prevista dall'art.3, n. 8, secondo comma della direttiva. Pertanto, le parti sociali devono determinare, mediante trattativa collettiva, le retribuzioni che le imprese nazionali devono pagare ai loro dipendenti e, per le imprese edili, occorre una trattativa caso per caso, sul luogo di lavoro, tenendo conto della qualifica e delle mansioni dei dipendenti interessati. Di conseguenza, poiché come visto la direttiva non è diretta all'armonizzazione dei sistemi per la determinazione delle condizioni di lavoro e di occupazione negli Stati membri, questi ultimi rimangono liberi di scegliere, a livello nazionale, un sistema non espressamente indicato, purché non sia di ostacolo alla prestazione di servizi tra gli Stati.

Secondo la Corte, la trattativa caso per caso non può essere imposta, sulla base della direttiva 96/71, alle imprese stabilite in altri Stati membri perché tale sistema di negoziazione renderebbe in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali. Inoltre, la Corte ritiene che la protezione minima, di cui all'art. 3, n. 1, della direttiva 96/71, abbia la funzione di riconoscere ai lavoratori distaccati migliori condizioni di lavoro ed occupazione, quando il livello di protezione nello Stato membro di origine è inferiore al livello di protezione minima salariale riconosciuto nello Stato membro ospitante, ma l'art. 3, n. 7, di tale direttiva non può essere interpretato nel senso che esso consentirebbe allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di

¹⁹¹ La direttiva inserisce il contratto collettivo dotato di efficacia generale tra le fonti di disciplina delle condizioni economiche e normative da applicare ai lavoratori distaccati nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, ma nell'ordinamento svedese il contratto collettivo non ha efficacia generale, ed è invece affidato all'azione collettiva il compito di assicurarne di fatto l'applicazione.

Il modello svedese è, infatti, incentrato sulla neutralità dello Stato e sulla centralità del ruolo delle organizzazioni sindacali. M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, op. cit., pag. 12.

una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima (altrimenti la stessa direttiva sarebbe privata di effetto utile).

Ai sensi dell'art. 3, n. 10, della direttiva 96/71, gli Stati membri possono imporre condizioni riguardanti materie diverse da quelle dell'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), nei limiti in cui si tratti di previsioni di ordine pubblico applicabili allo stesso modo alle imprese nazionali e a quelle di altri Stati membri. Alcune clausole del contratto collettivo dell'edilizia interessato nella causa principale concernono materie non espressamente previste dall'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a) e g), ma esse sono state determinate dalla trattativa tra le parti sociali, che non sono soggetti di diritto pubblico e non possono avvalersi dell'art. 3, n. 10 della direttiva.

La Corte ricorda nuovamente che l'art. 137, n. 5 CE esclude dalle competenze della Comunità il diritto di intraprendere un'azione collettiva ma che comunque, nell'esercizio delle proprie competenze, gli Stati membri devono rispettare il diritto comunitario¹⁹².

Pertanto, il diritto di intraprendere un'azione collettiva, pur riconosciuto come diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, può essere sottoposto a restrizioni, in quanto l'esercizio dei diritti fondamentali deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che essere conforme al principio di proporzionalità¹⁹³.

L'art. 49 CE si impone anche alle normative di natura non pubblica dirette a disciplinare collettivamente le prestazioni di servizi¹⁹⁴.

Il diritto delle organizzazioni sindacali di intraprendere azioni collettive mediante le quali le imprese stabilite in altri Stati membri possono essere obbligate a sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia, di cui talune clausole stabiliscono condizioni più favorevoli delle disposizioni legislative per quanto riguarda materie di cui all'art. 3, n.1, primo comma, lett. a)-g) della direttiva 96/71, mentre altre riguardano materie non previste da tale disposizione,

¹⁹² Sentenze *Decker*, 1998, C-120/95, *Kohll*, 1998, C-158/96, sentenze *Commissione/Francia* 2004, C-334/02, *Marks & Spencer*, 2005, C-446/03.

¹⁹³ Come dichiarato nelle sentenze *Schmidberger*, 2003, C-112/00, e *Omega*, 2004, C-36/02.

¹⁹⁴ Sentenze *Walrave e Koch*, 1974, C-36/74; *Bosman*, 1995, C-415/93; *Wouters e a.*, 2002, C-309/99.

costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi. Anche la possibilità che le azioni collettive inducano le imprese ad una trattativa di durata indeterminata sul luogo dell'esecuzione della libera prestazione dei servizi, al fine di rendere note le retribuzioni minime da corrispondere ai lavoratori distaccati, comporta una restrizione alla libera prestazione dei servizi che, ripete ancora una volta la Corte, può essere ammessa solo se persegue un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato ed è giustificata da ragioni imperative di interesse generale, purché sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di quanto necessario per raggiungerlo¹⁹⁵.

Ad esempio, il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro una pratica di *dumping* sociale può costituire astrattamente una ragione imperativa di interesse generale, in grado da giustificare una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato¹⁹⁶.

Ma, nel caso di specie, la restrizione non può essere giustificata, in quanto azioni collettive come quelle in esame non si giustificano se mirano ad imporre una trattativa salariale in un contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni che rendano possibile la determinazione, da parte dell'impresa, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali. Dunque, gli artt. 49 CE e 3 della direttiva 96/71 devono essere interpretati come ostativi a che, in uno Stato membro in cui le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art.3, n.1, primo comma, lett.a)-g), della stessa direttiva sono contenute in norme legislative, ad eccezione dei minimi salariali, a che un'organizzazione sindacale possa, mediante un'azione collettiva sotto forma di blocco dei cantieri, tentare di indurre un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati, nonché a sottoscrivere un contratto collettivo del quale talune clausole stabiliscono, per alcune materie, condizioni più favorevoli di quelle che derivano dalle

¹⁹⁵ Sentenze 1997, *SETTG*, C-398/95, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, 2006, C-451/03, *Cipolla e a.*, 2006, C-94/04 e C-202/04.

¹⁹⁶ Sentenze *Arblade e a.*, 1999, C-369/96 e C-376/96; *Mazzoleni e ISA*, 2001, C-165/98, *Finalarte e a.*, 2001, C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, 2007, C-438/05.

disposizioni legislative vigenti, mentre altre clausole riguardano materie non previste dall'art.3 della direttiva.

Anche in questa sentenza la Corte, inoltre, ripetendo pedissequamente quanto già affermato in *Viking*, ricorda che, ex art.3, n.1, lett.c) e j), CE, l'azione della Comunità comporta non soltanto "un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali», ma anche "una politica nel settore sociale", e che l'art. 2CE assegna alla Comunità ha il compito di promuovere "uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche", nonché un "elevato livello di occupazione e di protezione sociale": i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali esigono un bilanciamento con gli obiettivi della politica sociale.

2)Se gli artt. 49 e 50 CE ostino a che, in uno Stato membro, il divieto imposto alle organizzazioni sindacali di intraprendere un'azione collettiva allo scopo di abrogare o modificare un contratto collettivo concluso da parte di terzi sia subordinato al fatto che l'azione riguardi condizioni di lavoro o di occupazione alle quali si applica direttamente la legge nazionale, cosa che comporta, per un'impresa che distacca lavoratori in tale Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi e che è vincolata da un contratto collettivo regolato dal diritto di un altro Stato membro, l'impossibilità di far valere detto divieto nei confronti di tali organizzazioni.

La legge sulla partecipazione dei dipendenti alle decisioni negoziate (MBL)¹⁹⁷ introduce un sistema di lotta contro il *dumping* sociale in base al quale

¹⁹⁷ Ai sensi dell'art.17 della Costituzione svedese (Regeringsformen) le associazioni di lavoratori, i datori di lavoro e le loro associazioni hanno il diritto di intraprendere azioni collettive, salvo che a ciò si oppongano disposizioni legislative o contenute in un contratto collettivo.

La legge 10 giugno 1976 sulla partecipazione dei dipendenti alle decisioni negoziate [lag om medbestämmande i arbetslivet] (detta MBL) contiene le norme applicabili in materia di diritto di associazione e di trattativa, di contratti collettivi, di mediazione nelle controversie collettive di lavoro e di obbligo di pace sociale, nonché norme che limitano il diritto delle organizzazioni sindacali di intraprendere azioni collettive.

L'art.41 della MBL prevede un obbligo di tregua sociale fra le parti di un contratto collettivo e che è in particolare vietato intraprendere azioni collettive per ottenere modifiche del contratto. Azioni collettive sono tuttavia ammissibili qualora le parti sociali non abbiano concluso tra di loro un contratto collettivo.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale dell'art.42, primo comma, della MBL, è vietato intraprendere un'azione collettiva al fine di ottenere l'abrogazione o la modifica di un contratto

il prestatore di servizi non ha diritto di pretendere, nello Stato membro in cui svolge la propria prestazione, che siano tenuti in conto i contratti collettivi cui è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito.

Tale disposizione confligge con il principio secondo il quale la libera prestazione di servizi implica l'eliminazione di qualsiasi discriminazione (che può consistere nell'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe o della stessa norma a situazioni diverse) verso il prestatore di servizi in ragione della nazionalità o del fatto che sia stabilito in uno Stato membro diverso da quello nel quale si svolge la prestazione¹⁹⁸.

La MBL crea una discriminazione perché ha l'effetto di applicare alle imprese che distaccano lavoratori in Svezia, già vincolate da contratti collettivi nello Stato membro in cui sono stabilite, lo stesso trattamento riservato alle imprese nazionali non vincolate da contratti collettivi. In base all'art. 46 CE, che va interpretato restrittivamente, in combinato disposto con l'art. 55 CE, norme discriminatorie possono essere giustificate solo da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

Sulla scorta di queste considerazioni, la Corte conclude la seconda questione dichiarando che gli artt. 49 CE e 50 CE ostano a che, in uno Stato membro, il divieto imposto alle organizzazioni sindacali di intraprendere un'azione collettiva allo scopo di abrogare o modificare un contratto collettivo concluso da parte di terzi sia subordinato al fatto che l'azione riguardi condizioni di lavoro e di occupazione alle quali si applica direttamente la legge nazionale.

collettivo concluso da terzi. In una sentenza detta *Britannia* (1989, n.120), l'Arbetsdomstolen ha affermato che tale divieto si estende alle azioni collettive intraprese in Svezia al fine di ottenere l'abrogazione o la modifica di un contratto collettivo concluso fra parti straniere, in un luogo di lavoro posto all'estero, qualora detta azione collettiva sia vietata dal diritto straniero applicabile alle parti firmatarie di tale contratto collettivo.

Con la legge detta *lex Britannia*, entrata in vigore il 1° luglio 1991, il legislatore ha inteso ridurre la portata del principio contenuto nella sentenza *Britannia*. La *lex Britannia* comprende tre disposizioni inserite nella MBL, cioè gli artt. 25 bis, 31 bis e 42, terzo comma, di quest'ultima.

Risulta dai chiarimenti forniti dal giudice del rinvio che, in seguito all'introduzione di tale terzo comma nell'art. 42 della MBL, le azioni collettive intraprese nei confronti di un datore di lavoro straniero che svolge temporaneamente un'attività in Svezia non sono più vietate qualora una valutazione complessiva della situazione permetta di concludere che il legame con tale Stato membro è troppo tenue perché la MBL possa essere considerata direttamente applicabile alle condizioni di lavoro di cui trattasi.

¹⁹⁸ Sentenze Commissione c. Francia, 1991, C-154/89, Commissione c. Italia, 1991, C-180/89, Commissione c. Grecia, 1991, C-198/89, Commissione c. Germania, 2007, C-490/04.

2.3 Il caso Rüffert

Nell'autunno 2003, il *Land Niedersachsen*, in seguito a pubblica gara, affida alla *Object und Bauregie* l'appalto relativo ad alcuni lavori strutturali di edilizia. Il contratto prevedeva l'impegno di corrispondere ai lavoratori impiegati nel cantiere almeno il salario minimo vigente nel luogo di esecuzione in base al contratto collettivo "Settore edilizio", sulla base di quanto previsto dalla legge del *Land*¹⁹⁹.

La *Objectund Bauregie*, di cui Rüffert era il curatore fallimentare, subappalta i lavori ad un'impresa stabilita in Polonia che avrebbe corrisposto ai lavoratori un salario inferiore al minimo previsto dal contratto collettivo "Settore edilizio", costringendo il *Land* a risolvere il contratto a valle con la *Objectund*.

Instaurata la controversia, in appello, l'*Oberlandesgericht Celle* sollevava questione pregiudiziale circa l'interpretazione dell'art. 49 CE e, in particolare, circa la eventuale disapplicazione della legge del *Land*, in quanto incompatibile con l'art. 49 Tr CE.

2.3.1 Principale questione decisa dalla Corte

La Corte di Giustizia si occupa di una precisa questione giuridica, in particolare:

Se l'art. 49 CE osti, in circostanze quali quelle della causa principale, ad un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di aggiudicare gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, almeno la retribuzione minima prevista dal contratto collettivo nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione.

Secondo la Corte, occorre stabilire se la retribuzione salariale minima imposta dalla normativa del *Land*, che rende vincolante nei confronti dell'impresa subappaltatrice della *Object und Bauregie*, stabilita in Polonia, un

¹⁹⁹ Causa C-346/06.

contratto collettivo che prevede la tariffa minima salariale, sia stata adottata secondo una delle modalità della direttiva 96/71 sul distacco dei lavoratori.

In base all'art. 3, n.1, primo comma, della direttiva, ai lavoratori distaccati nell'ambito del settore dell'edilizia vanno garantite le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie dalla lett. a) alla lett. g), tra cui compaiono le tariffe minime salariali.

Dette condizioni, come già chiarito nel commento delle precedenti sentenze, sono fissate da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale; in base all'art. 3, n. 8, secondo comma, in mancanza di un sistema di applicazione generale di contratti collettivi o arbitrati, gli Stati membri possono avvalersi dei contratti collettivi o arbitrati generalmente applicabili a tutte le imprese simili in un certo ambito di applicazione e nella categoria interessata o dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale.

La legge del *Land*, poiché non stabilisce alcuna tariffa minima salariale, non può essere considerata come una disposizione legislativa ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, della direttiva 96/71, lett. c).

Inoltre, il contratto collettivo "Settore edilizio" non è dichiarato di applicazione generale e, di conseguenza, non può essere considerato un contratto collettivo del tipo previsto dall'art. 3, n. 8, secondo comma, della direttiva, ovvero un contratto collettivo in genere applicabile a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessata. Infatti, esso concerne solamente agli appalti pubblici e non a quelli privati.

Peraltro, l'art. 3, n. 8, secondo comma, della direttiva interviene esclusivamente in assenza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi, caso che non riguarda la Germania. Dunque, la tariffa salariale del caso in esame non rientra in nessuna delle modalità previste all'art. 3, n. 1, primo comma, primo e secondo trattino, e 8, secondo comma, della direttiva 96/71.

Essa non può neanche essere considerata una condizione di lavoro e di occupazione più favorevole ai lavoratori ai sensi dell'art. 3, n. 7, della direttiva

96/71, in quanto detta disposizione non può essere interpretata nel senso che consenta allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima. Infatti, per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), la direttiva 96/71 prevede esplicitamente il livello di protezione di cui lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei loro lavoratori distaccati sul suo territorio.

Dunque, la legge del *Land* comporta una restrizione ai sensi dell'art. 49 CE che non può essere giustificata dall'obiettivo di tutela dei lavoratori: la tariffa salariale in questione si applica solo agli appalti pubblici, e non risulta nessun elemento in base al quale essa sia necessaria ad un lavoratore edile impiegato nel contesto di un appalto pubblico e non in quello di un appalto privato. Per gli stessi motivi, essa non può essere giustificata dall'obiettivo di tutelare l'organizzazione autonoma della vita professionale da parte dei sindacati.

La Corte esclude anche che tale provvedimento sia necessario per raggiungere l'obiettivo, di per sé idoneo a configurare un motivo imperativo di interesse generale, di evitare un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale²⁰⁰, come affermato dal Governo tedesco, secondo il quale l'efficacia di un sistema previdenziale dipenderebbe dal livello di retribuzione dei lavoratori.

Dunque, secondo la Corte, la direttiva 96/71, interpretata alla luce dell'art. 49 CE, osta ad un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione.

²⁰⁰ Sentenza Watts, 2006, causa C-372/04.

2.4 Il caso Commissione contro Lussemburgo

La sentenza in esame costituisce l'esito di un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione europea nei riguardi del Granducato di Lussemburgo, iniziato, nel rispetto della procedura, con una lettera di diffida, nell'aprile 2004, in cui la Commissione denuncia alle autorità lussemburghesi la possibile incompatibilità con il diritto comunitario della legge 20 dicembre 2002, attuativa della Direttiva n. 96/71.

Questa stabilisce che costituiscono "disposizioni imperative di ordine pubblico nazionale", e in quanto tali valgono "per tutti i lavoratori che esercitano un'attività nel Granducato di Lussemburgo, inclusi quelli ivi distaccati a titolo temporaneo", tutte le previsioni legislative regolamentari, amministrative, nonché quelle contenute in contratti collettivi ad efficacia *erga omnes*, riguardanti un'ampia serie di materie del rapporto di lavoro.

Secondo la Commissione, tale legge produce l'effetto di obbligare le imprese, con sede in un altro Stato membro, che distaccano lavoratori in Lussemburgo al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vanno oltre quanto prescritto dall'art. 3, nn. 1 e 10, della direttiva 96/71; non garantisce ai lavoratori distaccati, fatto salvo il riposo settimanale, il rispetto di nessun altro periodo di riposo; sarebbe priva della chiarezza necessaria a garantire la certezza del diritto, in quanto obbliga le imprese che distaccano lavoratori in Lussemburgo a rendere accessibile all'Ispettorato del lavoro, prima dell'inizio dei lavori, su semplice richiesta e nel più breve tempo possibile, le informazioni essenziali e indispensabili per un controllo; limiterebbe la libera prestazione dei servizi, in quanto obbliga le imprese con sede legale al di fuori del Granducato del Lussemburgo, o prive di una stabile organizzazione in questo Stato, a conservare tra le mani di un mandatario *ad hoc* residente in tale Stato i documenti necessari ai controlli.

In seguito alla lettera di risposta del Granducato di Lussemburgo dell'agosto 2004, (che riconosce la fondatezza della seconda censura, ed al parere motivato della Commissione del 12 ottobre 2005) la Commissione ha proposto ricorso per inadempimento²⁰¹.

²⁰¹ Causa C-319/06.

2.4.1. Principali questioni affrontate dalla Corte

Le questioni affrontate dalla Corte, in particolare, riguardano:

1) Inesatta trasposizione dell'art. 3, nn. 1 e 10 della direttiva 96/71

L'art. 3, n. 1, primo comma della direttiva 96/71 stabilisce che gli Stati membri provvedono affinché le imprese con sede in un altro Stato membro che distaccano lavoratori nei loro territori garantiscano ai lavoratori distaccati le condizioni di lavoro e di occupazione, relative alle materie tassativamente elencate nel medesimo articolo, che sono fissate nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro.

A tal fine, detta disposizione elenca in maniera tassativa le materie nelle quali gli Stati membri possono dare prevalenza alle norme in vigore nello Stato membro ospitante.

Tuttavia l'art. 3 della direttiva 96/71, al n. 10, primo trattino, riconosce comunque agli Stati membri la possibilità, nel rispetto del Trattato CE, di imporre in modo non discriminatorio, alle imprese che distaccano lavoratori sul loro territorio condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al n.1, primo comma, del medesimo articolo, ove si tratti di disposizioni di ordine pubblico.

Lo stesso art.1, n.1, della legge 20 dicembre 2002, considera le disposizioni di cui ai punti 1-14 di tale paragrafo come imperative rientranti nell'ordine pubblico nazionale, e sulla base di ciò il Granducato di Lussemburgo ha inteso avvalersi dell'art. 3, n. 10, primo trattino, della suddetta direttiva.

La Corte chiarisce, però, che le disposizioni nazionali qualificate da uno Stato membro come norme imperative di applicazione necessaria devono essere norme la cui osservanza è cruciale per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporre il rispetto a chiunque si trovi nel territorio nazionale dello Stato membro o a qualunque rapporto giuridico localizzato nel suo ambito²⁰².

²⁰² Sentenza 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade ea.*, Racc. pag.I-8453, punto 30.

L'eccezione relativa all'ordine pubblico, in quanto deroga al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi, deve essere intesa in modo restrittivo.

La Corte esamina punto per punto le disposizioni della legge lussemburghese per valutare se idonea a rappresentare disposizioni imperative rientranti nell'ordine pubblico nazionale.

In particolare:

- la prescrizione relativa al contratto scritto o al documento formato ai sensi della direttiva 91/533, stabilita dall'art. 1, n. 1, punto 1, della legge 20 dicembre 2002, che, secondo i giudici, non può essere considerata come attuazione della direttiva 91/533, in quanto anche i datori di lavoro che distaccano lavoratori sono tenuti al rispetto degli obblighi di tale direttiva in forza della legislazione dello Stato membro in cui sono stabiliti. Gli Stati membri hanno la facoltà di estendere la protezione di leggi e contratti collettivi a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche ai lavoratori distaccati, purché non godano di una stessa protezione, o di una protezione sostanzialmente analoga, in virtù degli obblighi imposti al datore di lavoro dallo Stato membro in cui è stabilito. Dunque, la prescrizione di cui all'art. 1, n.1, punto 1, della legge 20 dicembre 2002 non è conforme all'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71, in quanto non è imposta nel rispetto del Trattato;
- la prescrizione relativa all'adeguamento automatico della retribuzione all'evoluzione del costo della vita di cui all'art. 1, n.1, punto 2 della legge 20 dicembre 2002 che non rientra nell'art. 3, n. 1, primo comma, lett. c) della direttiva 96/71, che si riferisce solo ai salari minimi. Per avvalersi della clausola dell'ordine pubblico ai sensi dell'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71, il Granducato di Lussemburgo avrebbe dovuto addurre un'analisi dell'opportunità e della proporzionalità della misura restrittiva²⁰³;
- la prescrizione relativa alla disciplina del lavoro a tempo parziale e a tempo determinato di cui all'art. 1, n. 1, punto 8, della legge 20 dicembre 2002 che, secondo la Corte, comporta obblighi che possono

²⁰³ Vedi sentenza *Commissione c. Belgio*, 2007, causa C-254/05.

pregiudicare l'esercizio della libertà di prestazione dei servizi. Gli Stati membri devono conformarsi alle direttive 97/81 e 1999/70, ma il rispetto della prescrizione dettata dalla disposizione nazionale controversa è oggetto di controllo da parte dello Stato membro in cui ha sede l'impresa che intende distaccare lavoratori in Lussemburgo. Pertanto, il Granducato di Lussemburgo non può avvalersi dell'eccezione attinente all'ordine pubblico di cui all'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71, in quanto i lavoratori interessati godono di una stessa protezione o di una protezione sostanzialmente analoga in virtù degli obblighi cui è soggetto il loro datore di lavoro nello Stato membro in cui è stabilito;

- le disposizioni derivanti, segnatamente, da accordi collettivi dichiarati di applicazione generale riguardanti le materie elencate ai punti 1-14 dell'art. 1, n. 1. della legge 20 dicembre 2002 che la stessa legge considera disposizioni imperative di ordine pubblico nazionale. Al punto 11 sono citate le disposizioni concernenti gli accordi collettivi di lavoro. Tale disposizione non può costituire un'eccezione attinente all'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71, perché nulla giustifica il fatto che le disposizioni riguardanti gli accordi collettivi di lavoro e le stesse disposizioni di tali accordi possano rientrare, *sic et simpliciter*, nella nozione di ordine pubblico; inoltre, non si può affermare che l'art. 1, n.1, punto 11 della legge 20 dicembre 2002 concretizzi l'autorizzazione concessa agli Stati membri ai sensi dell'art. 3, n. 10, secondo trattino, della direttiva 96/71, perché tale disposizione si riferisce solo alle condizioni di lavoro e di occupazione fissate da accordi collettivi di lavoro dichiarati di applicazione generale, mentre l'art. 1, n. 1, punto 11 della legge lussemburghese contempla espressamente i semplici accordi collettivi di lavoro.

Sulla scorta di tutto ciò, la Corte considera fondata la prima censura.

2) Incompleta trasposizione dell'art. 3, n. 1, lett.a) della direttiva 96/71, relativo al rispetto dei periodi massimi di lavoro e minimi di riposo

Alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato il Granducato di Lussemburgo non aveva adottato le misure necessarie per garantire la

trasposizione completa dell'art. 3, n.1, primo comma, lett. a), della direttiva 96/71. Per cui anche la seconda censura è fondata.

3)Violazione dell'art. 49 CE a causa della mancanza di chiarezza delle modalità di controllo previste dall'art. 7, n. 1, della legge 20 dicembre 2002

L'art. 7, n.1, della legge 20 dicembre 2002 non è sufficientemente chiaro nella misura in cui non si riesce a capire come l'Ispettorato del lavoro possa richiedere informazioni alle imprese prima dell'inizio dei lavori, visto che risulta assente nella normativa qualsiasi altra previa trasmissione di informazioni tra l'impresa che distacca lavoratori e l'ispettorato del lavoro.

L'art. 7, n.1 della legge lussemburghese è incompatibile con l'art. 49 CE per le ambiguità che comporta, e la sua portata oscura potrebbe ostacolare le imprese dall'esercitare la loro libertà di prestazione dei servizi. La terza censura è fondata.

4)Violazione dell'art. 49 CE a causa dell'obbligo, per le imprese interessate, di designare un mandatario ad hoc residente in Lussemburgo ai fini della conservazione dei documenti necessari ai controlli esercitati dalle competenti autorità nazionali.

Risulta evidente come tale l'obbligo, previsto all'art. 8 della legge 20 dicembre 2002, possa essere fonte di oneri amministrativi e finanziari supplementari per le imprese stabilite in un altro Stato membro, che, sotto il profilo della concorrenza, le pregiudica rispetto ai datori di lavoro stabiliti nello Stato membro ospitante. Il mandatario deve risiedere in Lussemburgo e non è previsto il periodo di tempo durante il quale i documenti devono essere conservati.

La conservazione di documenti all'interno dello Stato membro ospitante, seppur astrattamente idonea a tutelare maggiormente la posizione dei lavoratori, costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi, soprattutto nella misura in cui impone la conservazione di documenti presso il domicilio di una persona fisica residente nello Stato membro ospitante (nella veste di incaricato o mandatario del datore di lavoro), anche dopo che il datore di lavoro abbia cessato di occupare lavoratori nello Stato membro ospitante.

Affinché tale restrizione sia giustificata deve essere necessaria in quanto le autorità non siano in grado di adempiere il loro compito di controllo altrimenti²⁰⁴.

Nel caso di specie, il Lussemburgo non ha dimostrato la necessità dell'obbligo imposto e, secondo la Corte, il sistema organizzato di cooperazione o di scambio di informazioni tra Stati membri previsto dall'art. 4 della direttiva 96/71 rende superflua la conservazione dei documenti di cui si tratta nello Stato ospitante dopo che il datore di lavoro ha cessato di occuparvi i lavoratori²⁰⁵.

L'art. 8 della legge 20 dicembre 2002 è incompatibile con l'art. 49 CE, e la quarta censura è fondata.

2.5. Il caso Commissione contro Germania

Anche questa sentenza, come la precedente, rappresenta la conclusione di un ricorso per inadempimento aperto con una lettera di diffida della Commissione, con cui si informava la Repubblica Federale di Germania circa la probabile violazione del combinato disposto degli articoli 8 e dei titoli III-VI della direttiva 92/50, degli artt. 20 e 23-55 della direttiva 2004/18, che hanno ripreso le disposizioni già evocate della direttiva 92/50, nonché, dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, in quanto amministrazioni e aziende comunali avevano stipulato contratti per la prestazione di previdenza complementare aziendale con organismi e imprese indicati in un contratto collettivo, senza previa indizione di una gara d'appalto a livello dell'Unione.

Dopo uno scambio di lettere con la Repubblica Federale di Germania, ritenute insufficienti le motivazioni addotte, la Commissione ha proposto ricorso.

2.5.1 Principali questioni decise dalla Corte

In sintesi, le principali questioni sottoposte all'attenzione della Corte di Giustizia:

²⁰⁴ Sentenza *Arblade e a.*, 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96.

²⁰⁵ Sentenza *Arblade e a.*, 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96.

1) *Sull'applicabilità delle direttive 92/50 e 2004/18 alle attribuzioni di contratti a favore di organismi o imprese contemplati dal contratto collettivo*

Tali contratti costituivano esecuzione di un accordo collettivo negoziato tra parti sociali.

La natura di diritto fondamentale del diritto alla negoziazione collettiva, secondo l'argomentazione della Corte, non può comportare l'automatico esonero delle amministrazioni e delle aziende comunali datrici di lavoro dal rispetto degli obblighi derivanti dalle direttive 92/50 e 2004/18, che hanno dato attuazione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nel settore degli appalti pubblici.

Il diritto alla negoziazione collettiva cui, in Germania, viene riconosciuta tutela costituzionale dall'art. 9, n. 3 della Costituzione tedesca, ai sensi dell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere esercitato conformemente alle norme dell'Unione e, quindi, deve essere temperato con gli obblighi scaturiti dalle libertà tutelate dal Trattato FUE, secondo il canone di proporzionalità²⁰⁶.

Il dato che la stipula di tali contratti costituisca attuazione di quanto previsto da un contratto collettivo non ne comporta la sottrazione alla sfera di applicazione delle direttive 92/50 e 2004/18.

La fiducia riposta nella capacità professionale e finanziaria degli enti menzionati nel contratto collettivo, il fatto che il contratto collettivo consente alle amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro di evitare una procedura individuale di selezione, e il fatto che le spese di gestione applicate dagli organismi e dalle imprese contemplati nel contratto collettivo sarebbero poco elevate, non sono validi motivi, secondo la Corte, per sottrarsi all'applicazione delle direttive.

Pertanto, il rispetto delle direttive in materia di appalti pubblici di servizi non risulta incompatibile con la realizzazione della finalità sociale perseguita dal contratto collettivo.

²⁰⁶ Sentenza *Viking Line*, 2007, Causa C-438/05, punto 46 e sentenza *Laval*, 2007, Causa C-341/05, punto 94.

3. Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà fondamentali secondo la Corte.

3.1. // Viking quartet²⁰⁷

La dottrina ha fin da subito manifestato le sue forti perplessità riguardo le sentenze della Corte di Giustizia in materia di bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali, al centro di una dialettica dai toni accesi tra costituzionalisti, europeisti e giuslavoristi, all'interno della quale è possibile distinguere due diverse posizioni dottrinarie²⁰⁸.

Da una parte, la posizione di quella dottrina, "apocalittica", nostalgica degli schemi del costituzionalismo democratico caratterizzante l'esperienza costituzionale del secondo dopoguerra, la quale critica in radice l'inadeguatezza di un modello di integrazione europea che riconosce prevalenza a regole pretorie piuttosto che alle norme positive; che punta il faro sul *deficit* democratico del processo decisionale e su un'impostazione culturale ancora complessivamente ispirata a valori mercantilistici²⁰⁹.

Secondo questa, il bilanciamento tra diritti fondamentali e le libertà economiche del Trattato non può essere considerato come "un semplice 'incidente di percorso' nell'originale disegno costituzionale perseguito dalle istituzioni europee²¹⁰". Essa tradisce, piuttosto, la scelta economicistica fondamentale e rappresenta l'ennesima e più eclatante conferma della dimensione intimamente antisociale di una strategia integrativa che ha bandito

²⁰⁷ L'espressione è utilizzata correntemente da tutta la dottrina. In particolare, G. Bronzini, *op. cit.*, pag. 11.

²⁰⁸ Cfr. M. Colucci, *L'Unione Europea in un delicato equilibrio tra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi* in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, 1.

²⁰⁹ Fanno parte di questo gruppo M. Luciani, *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione* in *Quest. Giust.*, 2008, 6, pagg 65-79 e M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero* in *Lav. Dir.*, 2008, 2, pagg. 371-392.

Il deficit democratico emerge dal fatto che i nuovi poteri accentrati a livello europeo non sono stati bilanciati con conseguenti forme di responsabilità democratica, generando un problema di legittimazione democratica delle istituzioni europee e di autonomia dell'Esecutivo europeo rispetto agli interessi nazionali. Per rafforzare l'efficienza decisionale e la legittimazione democratica dell'Ue, sarebbe opportuna o una parlamentarizzazione del sistema di governo europeo o l'utilizzo di assetti istituzionali basati sulla divisione dei poteri. R. Bin, P. Caretti, G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Ue*, Bologna, 2015, pag. 335.

²¹⁰B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)* in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2008, 2, pag. 11.

qualsiasi riferimento alla dimensione collettiva e alle tradizionali categorie collettive di legittimazione, in nome dei diritti dell'individuo"²¹¹.

Dall'altra parte, all'opposto, la dottrina che, seppure non d'accordo con il risultato finale del bilanciamento operato dai giudici, tuttavia, manifesta entusiasmo riguardo il sistema di integrazione multilivello. Questa dottrina ammette il mancato funzionamento dei meccanismi di cooperazione interordinamentali²¹², ma lo giustifica come una transitoria disfunzione, perché l'Unione, specie in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della nuova Carta dei diritti fondamentali, può godere delle necessarie risorse istituzionali, normative e culturali per superare quell'*impasse* giurisprudenziale che subordina la tutela dei diritti sociali alle esigenze del mercato²¹³.

Di fronte a questi opposti punti di vista, appare necessario "capire se provvedimenti di questo tipo appartengano alla fisiologia o al contrario alla patologia del sistema comunitario. È necessario cercare di capire se è vero che l'ordinamento europeo ha a disposizione la volontà e gli strumenti per proteggere i propri cittadini da ricadute 'quasi reazionarie' [...] Si potrebbe pensare, piuttosto, che si inizia a manifestare un'inquietante dimensione strutturale, in considerazione del fatto che nemmeno l'auspicata entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali pare capace di modificare simili orientamenti."²¹⁴

3.2. Il bilanciamento "sbilanciato" in Viking e Laval

Nelle sentenze *Viking* e *Laval* la Corte di Giustizia ha risolto, in modo preoccupante per il futuro non soltanto dei sistemi di relazioni industriali di molti Stati membri ma della stessa integrazione europea, la questione del contrasto tra il diritto di sciopero, diritto sociale fondamentale, e due delle fondamentali

²¹¹ F. Vecchio, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?* in www.europeanrights.eu

L'autore, in nota, ricorda che pur avendo concretamente dato prevalenza al valore della dignità umana sulle libertà di circolazione, già con la sentenza C - 36/02 *Omega* del 14 ottobre 2004, la Corte di Giustizia ha prospettato le libertà della persona come semplice limite alle libertà economiche.

²¹² S. Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo* in *Lav. Dir.*, 2008, 2.

²¹³ B. Caruso, *op. cit.*, pag.11.

²¹⁴ F. Vecchio, *op.cit.*, pag. 5.

libertà economiche comunitarie, quella di circolazione dei servizi e quella di stabilimento.

In *Viking*, alla Corte di Giustizia tocca verificare se l'art. 43 dell'allora Trattato CE goda di efficacia orizzontale e valutare il rapporto che intercorre tra l'autonomia collettiva e le libertà economiche fondamentali nell'ordinamento europeo.

I giudici di Lussemburgo, con un passaggio argomentativo ricorrente, come vedremo in tutte le sentenze analizzate, riconoscono il diritto di sciopero e l'autonomia collettiva come rientranti nelle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, e come diritti fondamentali richiamati dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ma, precisano, il loro *status* di diritti fondamentali non giustifica di per sé automaticamente le eventuali restrizioni alle libertà fondamentali europee, ravvisandosi la necessità di un'operazione di bilanciamento tra diritti di pari rango giuridico²¹⁵.

Il problema di tale soluzione non nasce dalla scelta del bilanciamento tra diritti, operazione conosciuta al diritto dell'Unione oltre che agli ordinamenti nazionali²¹⁶, ma dal *modus operandi* con cui i giudici hanno eseguito tale operazione, disattendendo del tutto l'esperienza giuridica dei sistemi nazionali e costringendo l'azione collettiva negli "angusti" parametri imposti dal principio di proporzionalità, con il risultato di appiattare i diritti sociali fondamentali a meri limiti all'esercizio delle libertà economiche.

Applicando questi principi, in *Viking*, l'azione collettiva è, secondo la corte, illegittima, in quanto, seppure in astratto idonea a realizzare una finalità riconosciuta dal diritto comunitario, quale la tutela dei lavoratori, non rispetta il test di necessità²¹⁷, né il test di proporzionalità in senso stretto²¹⁸.

²¹⁵ Sul tema del bilanciamento vedi A. Ruggeri, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali* su www.associazionedeicostituzionalisti.it e sempre A. Ruggeri, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)* su www.forumcostituzionale.it.

²¹⁶ È quanto sottolinea in proposito B. Caruso, *op. cit.*, pag. 11, segnalando che anche gli ordinamenti nazionali hanno in vario modo operato bilanciamenti tra diritti egualmente fondamentali.

²¹⁷ Secondo cui la misura contestata deve essere la meno invasiva nei confronti del bene giuridico concorrente.

²¹⁸ Secondo cui il sacrificio imposto ad un diritto fondamentale da una misura confliggente deve essere ragionevolmente equilibrato al grado di soddisfazione di questa ultima.

I giudici, infatti contestano la circostanza secondo la quale la ITF, secondo il suo stesso statuto, può intervenire a richiesta di uno dei suoi affiliati “indipendentemente dall’eventualità che l’esercizio da parte di quest’ultimo del suo diritto alla libertà di stabilimento possa o meno avere conseguenze dannose per i posti o le condizioni di lavoro dei suoi dipendenti”. Ma non si può chiedere di rendere predeterminabili le conseguenze dell’azione collettiva, poiché l’imprevedibilità degli effetti costituisce caratteristica propria dell’autonomia collettiva e affermare il contrario vuol dire comprimere la stessa autonomia delle parti sociali, con il risultato paradossale di estendere loro le stesse regole che si applicano ai soggetti pubblici²¹⁹. La Corte di Giustizia si limita ad una visione strettamente funzionalista del conflitto e disconosce quella (classica) volontaristica delle relazioni industriali, in cui l’autonomia collettiva persegue liberamente qualsiasi fine, anche attraverso l’autodeterminazione sindacale²²⁰.

In entrambe le pronunce, la Corte di Giustizia risolve i conflitti fra libertà economiche e diritti collettivi attraverso un bilanciamento nel caso concreto che detta anche le regole a cui il giudice nazionale deve attenersi nella valutazione della legittimità di un’azione collettiva alla luce del diritto comunitario²²¹, in modo da “conformare” gli ordinamenti nazionali attraverso il circuito giurisprudenziale.

I giudici nazionali vengono investiti dall’ingrato ruolo di svolgere un sindacato penetrante e complicato avente ad oggetto il “cuore” delle dinamiche conflittuali che coinvolgono sindacati e imprese. Ma da quale fonte il giudice può derivare parametri e criteri utili a valutare l’adeguatezza di un’azione sindacale in relazione ad un obiettivo e la disponibilità effettiva dei mezzi meno restrittivi idonei a conseguirlo? E’ un rischio troppo alto quello di affidare tali valutazioni alla sensibilità politico-sociale del singolo giudice .

L’effetto di “sbilanciamento”²²² emerge anche sul piano delle competenze, poiché “gli sforzi evidenti compiuti dalla Corte per affermare la

²¹⁹ In questo senso V. Angiolini, *Laval, Viking, Ruffert e lo spettro di Le Chapelier* su <http://w3.uniroma1.it/masterlavoro/>

²²⁰ A. De Salvia, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT – 98/2012, 3.

²²¹ M.V. Ballestrero, *op.cit.*, pag. 12.

²²² L’espressione “bilanciamento sbilanciato” è di M.V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti* su www.lex.unict.it/eurolabor.

propria competenza non sembrano trovare alcun tipo di legittimazione formale e/o sostanziale: una decisione che sul piano teorico e sul piano concreto subordina i diritti fondamentali alle libertà economiche e li riconosce solo a condizione che rispettino il principio di proporzionalità si discosta da qualsiasi modello sostenibile di sviluppo e, al di là del quinto comma dell'art. 137, sembra ledere anche l'art. 2 del Trattato sulla Comunità europea²²³.

Vista l'esclusione delle competenze dell'Unione contenuta nell'art.137 comma 5 Trattato, sembrerebbe ragionevole supporre che l'autonomia sindacale e il diritto di sciopero, oggetto di competenza riservata agli Stati, dovrebbero essere parimenti esclusi da *ogni* sindacato della Corte di Giustizia sul modo in cui gli Stati esercitino la stessa loro competenza.

E ciò *a fortiori*, se si considera che lo "sforamento" di cui si discute riguarda diritti costituzionali nazionali, espressione di valori e principi di un intero sistema giuridico.

La Corte di Giustizia, invece, ammette senza riserve il suo sindacato anche in quest'ambito e, nello svolgere la sua attività ermeneutica, necessariamente deve riconoscere ai diritti sindacali coinvolti *status* di diritti fondamentali. Ma questo riconoscimento, anziché rafforzarli, come si potrebbe *prima facie* pensare, riserva loro un'insidia: diventa l'occasione per la Corte, di "calare" tali diritti nel diritto dell'Unione, onde poi bilanciarli con le libertà economiche secondo i "suoi" propri parametri di giudizio, rendendoli più docili, laddove, invece, la completa estraneità dell'Unione e della sua Corte agli stessi ne avrebbe escluso qualsiasi intervento.

Superando l'ostacolo rappresentato dall'art. 137.5 TCE, riconoscendo l'effetto orizzontale della libertà di circolazione, opponibile anche all'autonomia delle organizzazioni sindacali, la Corte "crea lo spazio" per effettuare il bilanciamento, nel quale l'azione collettiva si presenta innanzi tutto come restrizione alla libertà di circolazione coinvolta.

A distanza di una sola settimana, la Corte di Giustizia europea non soltanto ribadisce nella sentenza *Laval* la linea interpretativa già sostenuta in *Viking*, ma ne inasprisce ancora di più i toni²²⁴.

²²³ F. Vecchio, *op. cit.*, pag. 5.

²²⁴ M. V. Ballestrero, *op. cit.*, pag 5.

La Corte, nel definire l'ambito di applicazione dell'art. 49 del Trattato sulla Comunità europea, ripercorre le argomentazioni già utilizzate in *Viking* per l'art. 43 del Trattato e, una volta riconosciuta la riconducibilità teorica dell'azione collettiva nel campo di applicazione dell'art. 49, e riconosciuto sciopero e autonomia collettiva come diritti fondamentali, nuovamente, ne afferma il consueto bilanciamento con le libertà economiche.

Entrambi i casi dimostrano, in sintesi, come il problema dei diritti sociali ad azione collettiva non stia tanto nel loro riconoscimento come diritti fondamentali, che la Corte ammette, quanto nella stessa affermazione dei diritti,²²⁵ ovvero “nel rilievo assiologico-sostanziale e non nella ricognizione in termini astratto-formali dei diritti medesimi”²²⁶.

A differenza di *Viking*, in *Laval* i giudici, accertato che le attività sindacali costituiscono una restrizione alla libertà economica, valutano la liceità dell'azione collettiva in riferimento al principio di proporzionalità, ma interrompono la loro valutazione già al primo dei tre parametri imposti dal principio di proporzionalità²²⁷, quello di idoneità, poiché la misura di restrizione alla libertà di circolazione dei servizi, imponendo *standard* di tutela sociale superiori a quelli determinati dalla Direttiva 96/71, non appare idonea a realizzare obiettivi meritevoli di tutela per il diritto comunitario.

Anche il caso *Laval* conferma l'idea di un bilanciamento “sbilanciato” in favore delle libertà economiche. Anche in questo caso, infatti, i giudici estendono un po' troppo il loro ambito di competenza e concretamente subordinano un diritto sociale alla libertà d'impresa.

La Corte esclude che lo Stato membro ospitante possa subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione al di sopra di norme imperative di protezione minima. E' un'interpretazione questa, volta a salvaguardare la competitività dei prestatori di servizi stabiliti in paesi con costo della manodopera più bassa, anche se ne deriva uno svantaggio dei lavoratori.

Questo orientamento della Corte di Giustizia paventa il fondato il timore di un livellamento verso il basso della tutela dei lavoratori negli Stati membri.

²²⁵ B. Caruso, *op. cit.*, pag. 11.

²²⁶ G. Fontana, *op.cit.*, pag. 27.

²²⁷ Non è necessario, secondo i giudici, procedere all'esperimento del test di necessità e all'esperimento del test di proporzionalità in senso stretto

3.3. Ruffert e l'identità costituzionale tedesca

Il caso in questione mostra una certa "continuità ideologica" con i casi *Viking* e *Laval* e, infatti, assieme al successivo caso *Commissione contro Lussemburgo*, fa parte di quello che è stato definito il "Viking quartet", pericolosamente in grado di fare vacillare la dimensione sociale dell'integrazione europea.

Anche *Ruffert* ha causato aspre reazioni in dottrina, soprattutto quella tedesca, poiché, secondo le parole della stessa Germania, la strada intrapresa dalla Corte di Giustizia, rischia di mettere seriamente in dubbio la stessa legittimazione politica e sociale dell'Unione europea²²⁸.

Il giudice europeo ha considerato contrario al diritto dell'Unione l'istituto di diritto tedesco, la *Tariftreuerklärungen*, con cui l'impresa dichiara che si atterrà agli accordi collettivi applicati nel mercato dove eseguirà il contratto in seguito ad un appalto pubblico.

La Direttiva sul distacco limita gli strumenti utilizzabili dal legislatore nazionale per disciplinare le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati da un'impresa straniera (disposizioni legislative, regolamentari e/o amministrative e/o contratti collettivi o arbitrati dichiarati di applicazione generale). Pertanto, risulta violato l'art. 49 TCE, perché la disciplina del *Land*, comportando oneri economici supplementari per le imprese di quei Paesi membri che hanno livelli salariali più bassi, determina una restrizione della libera prestazione dei servizi, ingiustificata in quanto non necessaria a tutelare i lavoratori distaccati (già tutelati dalla direttiva) e l'autonomia sindacale.

Lo scalpore provocato dalla decisione in questione si comprende non soltanto perché la stessa *Tariftreuerklärungen* rappresenta il fiero risultato tedesco di un travagliato *iter* di negoziazione politica, iniziato negli anni 90, volto a sopperire, attraverso lo strumento legislativo progressivamente adottato da tutti i *Land*, alla mancanza di efficacia *erga omnes* degli accordi collettivi in Germania; ma anche perché nel luglio del 2006 la *Bundesverfassungsgericht* si era già pronunciata sull'oggetto della sentenza *Ruffert*, pervenendo ad esiti

²²⁸ Dichiarazione del Ministro del lavoro e degli affari sociali tedesco, in seno ad una conferenza tenutasi a Berlino il 26 giugno 2008, in P. Faraguna, in S. Borrelli, A. Guazzarotti, S. Lorenzon, *op.cit.*, pag 119.

diametralmente opposti. La corte costituzionale tedesca, infatti, aveva statuito la piena compatibilità costituzionale dell'impianto normativo delle *Tariftreuerklärungen* sulla base del principio che la restrizione della libertà di iniziativa economica era pienamente giustificata dalle finalità sociali della *Tarif*.

Il fatto che Corte tedesca e Corte di Giustizia siano approdati a conclusioni diverse non costituisce una novità nel panorama europeo, dove altre volte le corti nazionali e quella europea si sono trovate in disaccordo sull'interpretazione delle norme.

Ciò si spiega anche in ragione del fatto che si tratta di giudizi differenti, separati, con parametri e presupposti differenti, condotti da giudici con una sensibilità e con competenze differenti.

Ma, in questo caso, un altro dato significativo si aggiunge, perché la materia del contendere rientra, secondo la valutazione della stessa Corte tedesca, nell'identità costituzionale della Repubblica federale tedesca, in quanto diretta a fissare la misura degli *standard* di tutela dello Stato sociale. Si capisce bene come la censura della Corte di Giustizia investa profili e materie dal "significato particolarmente pregnante in termini di legittimazione democratica"²²⁹.

Ad abbassare i toni dell'allarmismo di una "catastrofe costituzionale" interviene quella dottrina, la cui tesi sarà oggetto di analisi nel proseguo, che assegna al giudice nazionale, soprattutto quello costituzionale, la difesa del proprio ordinamento giuridico e di quei diritti che assolvono una essenziale funzione di equilibrio democratico, attraverso lo "scudo" dell'"identità costituzionale", espressamente menzionata nell'art. 4.2 TUE.

3.4 La nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia fino al caso Commissione contro Lussemburgo

Il concetto di ordine pubblico riveste, all'interno della Direttiva sul distacco dei lavoratori, una pregnante rilevanza in quanto, attraverso il suo richiamo, agli Stati membri è permesso estendere ai lavoratori distaccati sul loro

²²⁹ P. Faraguna, *op. cit.*, pag. 115.

territorio un insieme di tutele del lavoro equivalenti a quelle applicate dalle imprese locali ai propri lavoratori.

Questa scelta è pienamente coerente con la *ratio* della direttiva diretta a contrastare fenomeni di *dumping sociale* ed attuare una equiparazione dei trattamenti dei lavoratori operanti in ambito comunitario, facendo salve concorrenza e competitività delle imprese.

La giurisprudenza della Corte individua i “motivi imperativi d’interesse generale” che possono giustificare legittime limitazioni alle libertà di circolazione sancite dal Trattato, tra cui la libertà di circolazione dei servizi, oltre che in quelle cause individuate direttamente dalle norme del Trattato²³⁰ anche *la tutela dei lavoratori*, quale causa giustificativa dotata di una propria specifica autonomia concettuale²³¹, che sia affianca alle altre cause tipizzate²³².

²³⁰ Cfr. artt. 30, 39, par. 3, 46, par. 1, e 58, par. 1, lett. b, in cui si richiamano, con riferimento alle varie libertà economiche, l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica.

²³¹ U. Carabelli, *op. cit.*, pag 11. L’autore riassume il processo evolutivo della giurisprudenza della Corte di Giustizia, degli anni ‘70 e ‘80, riguardante la legittimità (e quindi la compatibilità con il Trattato) delle limitazioni che gli Stati membri, con le loro discipline interne poste a tutela di vari interessi, apponevano alla libertà di circolazione dei beni, attraverso test di ragionevolezza. La Corte, fin dalle storiche sentenze emesse nei casi *Dassonville* (C-8/74 dell’11.7.1974) e *Cassis de Dijon* (C-120/78 del 20.2.1979) e altri numerosi casi (i casi *Torfaen* (C-145/88 del 23.11.1989); *Stoke-on-Trend* (C-169/91 del 16.12.1992); *Keck e Mithouard* Cause riunite C-267/91 e 268/91 del 24.11.1993); *Semeraro Casa Uno* (Cause riunite C-418/93 e varie altre del 20.6.1996), ha affermato che, oltre le cause giustificative previste espressamente al Trattato, vi sono ulteriori ragioni, o esigenze, imperative che possono giustificare interventi nazionali che pure creino ostacolo alla libera circolazione delle merci, a condizione che tali interventi corrispondano ad un criterio di ragionevolezza. La Corte, in un elenco tassativo di tali esigenze imperative, le individua tra le esigenze di carattere fiscale, riguardanti la protezione della salute pubblica, la lealtà dei negozi commerciali e la difesa dei consumatori, fino alle «scelte politico-economiche [rispondenti a] peculiarità socio-culturali nazionali o regionali, la cui valutazione spetta, nella fase attuale del diritto comunitario, agli Stati membri».

Per quanto riguarda la compatibilità con il Trattato delle normative interne riguardanti la tutela del lavoratore, con il noto caso *Rush Portuguesa*, la Corte, si spinge fino ad affermare addirittura che “il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l’applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro; il diritto comunitario non vieta agli Stati membri neanche d’imporre l’osservanza di queste norme con i mezzi adeguati” (C-138/89 del 27.3.1990)

Questa sentenza, sicuramente troppo generosa, ha costretto il Consiglio a fare *dietro front*, con l’approvazione della Direttiva n. 96/71.

²³² Nel noto caso *Schmidberger* (C-112/00 del 12.6.2003), si sottolinea come «la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato; tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di cui all’art. 36 [ora art. 30] del Trattato stesso oppure per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, detta ‘Cassis de Dijon’.”

Anche la Direttiva sulla libera circolazione dei servizi 2006/123/CE, del 12 dicembre 2006, al *Considerandum* n. 40, afferma che “la nozione di ‘motivi imperativi di interesse generale’ cui fanno riferimento alcune disposizioni della presente direttiva è stata progressivamente elaborata dalla Corte di Giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli articoli 43 e 49 del trattato, e potrebbe continuare ad evolvere. La nozione, come riconosciuto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, copre almeno i seguenti motivi: l’*ordine pubblico*, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del Trattato, il mantenimento dell’ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, *la tutela dei lavoratori*, compresa la protezione sociale dei lavoratori [...]”. E ribadisce, all’art. 4, n. 8 che “ai fini della presente direttiva si intende per [...] ‘motivi imperativi d’interesse generale’ [...] motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, tra i quali: l’*ordine pubblico*, la sicurezza pubblica [...], *la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori*, [...]”.

Queste premesse hanno indotto parte della dottrina a definire un vero “paradosso²³³” il concetto di ordine pubblico che il legislatore comunitario ha voluto nell’art. 3, comma 10 della Direttiva n. 96/71, che formalmente legittima, con stringenti limiti, l’adozione, da parte degli Stati membri, di provvedimenti che estendono le tutele interne del lavoro ai lavoratori distaccati, in chiara funzione *anti-dumping*, perché, attraverso questo richiamo, il legislatore rende più ardua questa possibilità.

Infatti, in assenza dell’art. 3.10, l’estensione ai lavoratori distaccati delle disposizioni interne (legislative, amministrative o contrattuali) di tutela del sarebbe stata possibile per il legislatore nazionale, in applicazione del principio secondo cui la tutela del lavoro costituisce di per sé una ragione imperativa di interesse generale, col previo esperimento del solo *test di proporzionalità*, elaborato dalla giurisprudenza della Corte.

Invece, l’introduzione nella Direttiva dell’art. 3.10 e del limite dell’ordine pubblico costringe il legislatore nazionale ad un test dai parametri assai più restrittivi e al superamento del *test di proporzionalità*, dato che l’estensione di

²³³ U. Carabelli, *op. cit.*, pag. 16.

disposizioni di ordine pubblico può avvenire, ai sensi dell'art. 3.10, prima parte, «nel rispetto del Trattato»²³⁴.

Questa evidente restrizione si giustifica dal fatto che con la direttiva, adottata all'indomani della sentenza *Rush Portuguesa*, l'Unione ha voluto scongiurare l'allarmismo di "spinta dirompente che la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di tutele del lavoro sembrava in procinto di esercitare nei confronti della libertà di prestazione di servizi"²³⁵.

La Corte, nelle decisioni *Laval* e *Rüffert*, ma soprattutto in quella *Commissione contro Granducato di Lussemburgo* ha confermato quest'interpretazione, affermando, in quest'ultima occasione, che le norme di ordine pubblico, invocabili quale deroga al principio di libera prestazione di servizi ex art. 49 TCE, debbano essere interpretate in senso restrittivo e non determinabili unilateralmente da ciascuno stato membro senza il controllo delle istituzioni della Comunità Europea". Le motivazioni della deroga "devono essere corredate di un'analisi dell'opportunità e della proporzionalità della misura restrittiva adottata da tale stato, nonché di elementi circostanziati che consentano di suffragare la sua argomentazione".

Alla luce di ciò la Corte conclude per il contrasto tra l'art. 3.10 della direttiva n. 96/71 e la normativa legislativa del Granducato del Lussemburgo che considera come disposizioni imperative di ordine pubblico nazionale una serie di previsioni legali, tra cui, in particolare, quelle che prescrivono anche al prestatore di servizi transnazionale, in relazione ai lavoratori distaccati, il possesso di un contratto scritto o di un documento conforme alla Direttiva n. 91/533 (in materia di informazioni da erogare al lavoratore)²³⁶; ovvero quella che dichiara applicabile anche ai lavoratori distaccati la disciplina interna in

²³⁴ Tra cui rientrano gli eventuali ulteriori limiti derivabili dalla pluriennale giurisprudenza sulle libertà di circolazione tra cui, ad esempio, il godimento, da parte dei lavoratori distaccati della stessa, o di analoga, tutela sancita dalla normativa interna.

²³⁵ U. Carabelli, *op. cit.*, pag. 17.

²³⁶ Come precisato dalla Corte, poiché tutti gli Stati membri devono rispettare le previsioni della direttiva n. 91/533, vige il principio sancito dalla giurisprudenza costante della Corte secondo cui la facoltà di estendere ai prestatori di servizi transnazionali l'applicazione di tutele del lavoro interne «è subordinata alla condizione che i lavoratori interessati (...) non godano già della stessa protezione, o di una protezione sostanzialmente analoga, in virtù degli obblighi ai quali il loro datore di lavoro è già soggetto nello Stato membro in cui è stabilito». Si vedano i punti 34-44 della sentenza *Commissione contro Granducato di Lussemburgo*.

materia di lavoro a tempo parziale e a tempo determinato²³⁷; ovvero ancora quella che dichiara applicabili in generale ai lavoratori distaccati le previsioni in materia di contratti collettivi di lavoro.

3.5 La sentenza Commissione contro Germania e le conclusioni dell'avvocato generale

L'ultima pronuncia in esame non tradisce alcun ripensamento della Corte di Lussemburgo riguardo la strada intrapresa nel 2007.

Le conclusioni dell'avvocato generale Verica Trstenjak, che precedono la sentenza, ribadiscono la costruzione giuridica, già contenuta in *Laval* e *Viking*, secondo la quale nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario si deve riconoscere "equivalenza gerarchica tra diritti fondamentali e libertà fondamentali" e che la composizione dell'eventuale conflitto deve avvenire sulla base del principio di proporzionalità, come elaborato nell'esperienza della Corte di Giustizia in materia di libertà di circolazione.

In questa decisione la Corte di Giustizia applica tale principio al diritto di contrattazione collettiva, senza raccogliere il suggerimento dell'Avvocato generale Trstenjak, di "capovolgere" il punto di vista del bilanciamento, ma confermando il *modus operandi* della sua interpretazione del "quartetto Viking", nonostante le critiche suscitate nell'ambiente internazionale.

Il "capovolgimento" auspicato doveva indurre la Corte a ribaltare la prospettiva di analisi adottata in passato per il diritto di sciopero, in ordine all'applicazione del principio di proporzionalità per la soluzione del contrasto tra libertà economiche e diritti nazionali di tutela del lavoro.

"La Corte, in altre parole, avrebbe dovuto collocare al centro del ragionamento relativo al bilanciamento non le libertà economiche, ma il diritto fondamentale di sciopero, verificando non più entro che limiti le prime possono essere incise restrittivamente dal secondo, ma piuttosto, quanto quest'ultimo possa essere legittimamente condizionato da quelle. Per tale via [...] si sarebbe

²³⁷ Vista la necessaria applicazione in tutti gli Stati membri delle direttive nn. 97/81 e 1999/70 (punti 56-61 della sentenza *Commissione contro Granducato di Lussemburgo*).

potuta ottenere una più significativa difesa del diritto di sciopero e, più in generale, dei diritti sociali fondamentali”²³⁸.

La scelta di applicazione di un procedimento tecnico-interpretativo quale il *test* di proporzionalità non sarebbe criticabile in sé per sé, e nemmeno ostativo ad un corretto bilanciamento tra i valori sottesi alla libertà economica e i diritti sociali, qualora questo venisse condotto assegnando il giusto “peso” alle istanze in gioco. Ma fin quando la Corte parla di “equivalenza gerarchica tra le due istanze”, riconoscendo piena equivalenza di valore tra le libertà economiche e i diritti fondamentali, risultati diversi appaiono irraggiungibili.

Il mero riconoscimento dei diritti sociali accanto alle libertà fondamentali del Trattato, seppur traguardo ammirevole a fronte dell'originaria "frigidità" della Comunità europea rispetto alla dimensione sociale, oggi non appare più sufficiente ad escludere il perenne sacrificio delle prime sull'altare delle seconde.

4. L'Unione cerca di intervenire sul piano legislativo: proposta Monti II, un'occasione “mancata”

La proposta di direttiva cd. Monti II, successivamente²³⁹ ritirata dalla Commissione, rappresenta il tentativo (fallito) del legislatore europeo di risolvere i problemi di impatto di queste pronunce sui sistemi di diritto del lavoro e sindacale degli Stati membri, come evidenziato nella stessa Relazione di accompagnamento.

La proposta è il frutto del dibattito²⁴⁰ sviluppatosi all'indomani delle discutibili sentenze rese dalla Corte di Giustizia UE nei casi *Laval* e *Viking*.

²³⁸U. Carabelli, *Contrasto tra libertà economiche fondamentali e diritti di sciopero e di contrattazione collettiva*, che rinvia per i riferimenti a U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, op.cit., pag. 191 cui *adde* S. Giubboni, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2009, pag. 330..

T. Blanke, *Europa sociale: un modello comune per evitare una corsa al ribasso?*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, p. 271 s.

²³⁹ Il 12 Settembre 2012, infatti, la Commissione ha ritirato il Monti II, dopo che 19 Parlamenti nazionali, a partire dalla Gran Bretagna, hanno votato contro.

²⁴⁰Lo stesso Parlamento europeo aveva espresso, con la Risoluzione del 22 ottobre 2008 (2008/2085(INI)), le sue forti perplessità nei confronti dell'orientamento giurisprudenziale emergente dalle sentenze *Laval*, *Rüffert* e *Commissione c/ Lussemburgo* in relazione alla Direttiva sui distacchi, assumendo una posizione di netta contrapposizione con la Corte di Giustizia e invitando la Commissione “ad elaborare le necessarie proposte legislative volte a prevenire conflitti di interpretazione nel futuro”.

Per quanto attiene al profilo strutturale, nella prima parte della proposta (artt. 1-2) viene definito l'ambito di applicazione del regolamento e i principi generali sui quali si basa il rapporto tra azione sindacale e libertà di mercato nell'UE e viene sancita la c.d. "clausola di salvaguardia", finalizzata a garantire che l'adozione del regolamento non comporti effetti limitanti l'esercizio dei diritti fondamentali come riconosciuti dagli Stati membri e dall'UE, ed in specie di quello all'azione sindacale²⁴¹.

Nella seconda parte (artt. 3-4), la proposta configura due meccanismi per ridurre o evitare gli effetti pregiudizievoli causati dal conflitto sindacale ai titolari delle libertà economiche ed al funzionamento del mercato interno in generale.

La proposta di regolamento si accompagna alla proposta di direttiva concernente l'applicazione della direttiva n. 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori del 21 marzo 2012.

Le due proposte, come ovvio, sono strettamente legate: un corretto equilibrio tra libertà economiche e libertà sindacale abbisogna di un quadro di regole europee chiare e condivise in merito alle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori coinvolti nelle dinamiche del mercato interno.

Ma la proposta, carente e poco risolutoria, ha sicuramente deluso l'aspettativa di molti, in quanto, richiamandosi nello *Explanatory memorandum* espressamente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, afferma sul piano del diritto positivo che il diritto di sciopero, seppur riconosciuto dalle fonti sovranazionali di cui si è parlato, non gode di alcuna immunità dalle regole che sovrintendono al funzionamento del mercato unico e che attribuiscono alle libertà economiche fondamentali pari dignità rispetto ai diritti dei lavoratori.

L'equiparazione tra libertà economiche e diritti sindacali viene enunciata nell'art. 2 della proposta, secondo il quale, infatti, "l'esercizio della libertà di

²⁴¹ L'art. 1 della proposta di direttiva (che apre il Capo I - *Disposizioni generali*) contiene, al terzo comma, la cd. "clausola Monti" secondo cui: "*La presente direttiva non pregiudica in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto dell'Unione, ivi compresi il diritto o la libertà di sciopero e il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, secondo le leggi e le prassi nazionali, né il diritto di negoziare, concludere ed applicare accordi collettivi e promuovere azioni collettive secondo le leggi e le prassi nazionali*".

La norma ricalca il testo dell'art. 2 del reg. 2679/98 e dell'art. 1, par. 7, della direttiva servizi 2006/123. La portata della clausola è tuttavia alquanto limitata giacché riguarda solo la "nuova" direttiva e non rileva per la dir. 96/71; per quest'ultima resta il solo 22° *considerando* che, pur prevedendo che la direttiva medesima non dovrebbe incidere sul "*diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive*", non ha impedito l'esito negativo della sentenza *Laval*.

stabilimento e della libera prestazione dei servizi sancite nel Trattato rispetta il diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, così come l'esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, rispetta queste libertà fondamentali.”

La norma attrae il conflitto sindacale nelle regole del mercato interno, nel solco della tradizione inaugurata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, legittimandone il bilanciamento.

Con l'approvazione del regolamento, l'orientamento giurisprudenziale della Corte avrebbe trovato appiglio in una norma precettiva e di diretta efficacia negli ordinamenti nazionali, confermando il “processo di subordinazione dell'azione sindacale alla logica dell'integrazione di mercato (...) sancendo in via definitiva che la prima costituisce un *ostacolo*²⁴² alla piena realizzazione della seconda e allontanando la possibilità di una possibile revisione di tale discutibile configurazione”²⁴³.

L'articolo 3, par. 4, della direttiva salva la competenza dei giudici nazionali a decidere nel merito delle controversie transnazionali, anche laddove sussistano procedure preventive di composizione delle stesse.

Questa norma, secondo l'intento della Commissione, in attuazione del principio di sussidiarietà, mira a salvaguardare le prerogative statali in materia di conflitto sindacale e ridurre l'impatto della giurisprudenza della Corte di Giustizia sui sistemi nazionali di relazioni industriali²⁴⁴.

Ma una previsione di questo genere, in realtà, non è assolutamente in grado di evitare situazioni simili a quelle che hanno originato la giurisprudenza della Corte nelle fattispecie esaminate: “in forza del regolamento un giudice

²⁴² Sul punto così commenta Orlandini: “L'art. 2 renderebbe norma di diritto positivo un principio che la Corte di Giustizia è giunta a configurare nelle sentenze *Viking* e *Laval* muovendo da un presupposto teorico assai discutibile: quello per il quale lo sciopero, al pari di qualsiasi azione collettiva, costituisce un ostacolo al funzionamento del mercato interno, come tale equiparabile alle *misure* che gli Stati membri sono chiamati dalle norme del Trattato a rimuovere. La Corte, rifacendosi alla sua pregressa giurisprudenza relativa alle fonti di regolazione privata, equipara le *azioni dirette* alle norme ed agli atti dei poteri pubblici, con un evidente salto di argomentazione logica. Proprio questo salto logico rende possibile l'attrazione del conflitto sindacale nell'ambito delle regole del mercato interno; con la conseguente necessità di operarne un bilanciamento con le libertà economiche che non può non implicare una restrizione del suo spazio di praticabilità”. G. Orlandini, *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona* in Borrelli S., Guazzarotti A., Lorenzon S., (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Napoli, 2012, p. 160.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ Commissione europea, *Explanatory memorandum*, COM(2012) 130, par.3.3, p.11.

continuerà ad applicare la *Viking rule* in caso di sciopero teso a contrastare una delocalizzazione, mentre terrà conto della *Laval rule* nel valutare la legittimità di uno sciopero attuato per imporre ad un'impresa di servizi straniera il rispetto del contratto collettivo vigente nel paese ospitante; vale a dire che, in questo secondo caso, potrà considerare illegittimo lo sciopero se teso ad imporre standard di tutela superiori a quelli (minimi) ammessi dalla direttiva, anche senza operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia”.

Ma ciò che più di tutti ha destato perplessità in dottrina è la clausola contenuta nell'articolo 1, paragrafo 2 della proposta in cui si afferma che “la presente direttiva non pregiudica in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto dell'Unione, ivi compresi il diritto o la libertà di sciopero e il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, secondo le leggi e le prassi nazionali, né il diritto di negoziare, concludere ed applicare accordi collettivi e promuovere azioni collettive secondo le leggi e le prassi nazionali”.

Questa clausola, tesa a “immunizzare” l'esercizio dell'azione sindacale dalle possibili limitazioni contenute nel regolamento stesso, è contraddetta da tutte quelle norme nello stesso atto che presuppongono l'esistenza di ostacoli alle libertà economiche creati dal conflitto sindacale.

La clausola di salvaguardia, che doveva essere quella più pregnante di tutto il regolamento, quasi una sorte di controlimite “interno” che la stessa Unione frappone tra il suo ordinamento e le tradizioni nazionali degli Stati membri è, stranamente, l'unica norma alla quale la Commissione non ha dedicato alcun commento circa *ratio* e portata giuridica, nell'*Explanatory memorandum*.

Il che da l'idea che si tratti di una clausola decisa più che altro per “calmare” gli effetti di quella dottrina “ansiogena” provocata dal post *Viking*, ma della quale nessuno si aspetta una reale operatività. “E' evidente che la clausola di salvaguardia contenuta nella proposta della Commissione prometta assai più di quanto non sia in grado di mantenere”²⁴⁵.

²⁴⁵ G. Orlandini, op. cit., pag. 186., che la definisce ironicamente “clausola di salvaguardia che non salvaguarda”.

CAPITOLO III

Le conseguenze dell'asimmetria tra diritti sociali e libertà fondamentali e le possibili soluzioni al problema

1. Gli effetti della giurisprudenza del Viking quartet

Bisogna, adesso, intrecciare i diversi “fili” del percorso e valutare, ad ampio spettro, quali siano gli effetti degli orientamenti delle Corti europee e, più in generale, delle politiche dell’UE riguardanti il modello sociale europeo, tendendo anche conto degli, inevitabili, influssi dell’attuale crisi globale che ha investito i diritti sociali.

Due diversi e opposti poli emergono: da una parte, accettare bilanciamenti “sbilanciati” tra economia di mercato e lavoro come un processo irreversibile e cercare nuovi “contropoteri” in senso correttivo, dall’altro, invocare *tout court* il vizio di competenza dell’UE.

In quest’ultimo senso, la dottrina più critica ricorda, senza mezzi termini che, ai sensi dell’art. 153, par. 5 TFU l’Unione *non* ha “competenza regolativa” in materia di retribuzione, diritto di associazione, diritto di sciopero e diritto di serrata. Quindi, avrebbe dovuto dichiarare la propria incompetenza e riservare agli Stati la decisione circa il conflitto tra questi diritti e le libertà economiche dell’Unione, visto la diretta incidenza di quel conflitto sui loro generali assetti democratici.

Questa ingerenza della Corte in una materia estranea alla sua competenza rischia di dimostrare scarso rispetto per quegli assetti costituzionali nazionali che avrebbero imposto un’opposta soluzione alla questione²⁴⁶.

In tema di competenza della Corte appare necessario il riferimento, “in analogia”, alla famosa sentenza *Albany*²⁴⁷, in cui pure la Corte si era posta il problema dell’ammissibilità del suo sindacato avente ad oggetto il rapporto tra contratto collettivo e libertà di concorrenza, escludendolo, sulla scorta del principio secondo il quale quantunque la contrattazione collettiva sia in grado di

²⁴⁶ In Italia, ad esempio, riconoscere l’uguaglianza tra capitale e lavoro e, quindi, parità di condizioni giuridiche tra operatori di mercato e singoli lavoratori, si può tradurre anche nella possibilità di trattamenti giuridici differenziati, in virtù del principio di uguaglianza sostanziale di cui all’articolo 3, comma 2, della Costituzione, che proteggano il soggetto più debole. U.Carabelli, *op.cit.*, 2011, pag. 217.

²⁴⁷ *Albany* C-67/96, del 21.9.1999.

causare restrizioni alla libertà di concorrenza, al fine di non compromettere gli obiettivi di politica sociale da essa perseguiti, si deve ritenere che gli accordi collettivi '*non rientrano*' nell'ambito di applicazione dell'art. 85.1 (ora 81.1) del Trattato.

In quell'occasione, i giudici di Lussemburgo avevano quindi scelto "di costruire una sorta di *area di immunità* (ovvero di *golden formula*, secondo la tradizione giussindacale inglese) per l'azione contrattuale rispetto alle libertà economiche garantite dal Trattato, idonea ad evitare che esse potessero mai entrare in rotta di collisione"²⁴⁸.

La sentenza *Albany* svela una Corte ossequiosa del principio di attribuzione delle competenze, secondo cui "la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato" (art. 5.1 TCE), che quindi esclude l'intervento della Corte in tutti i casi riguardanti materie che non previste nella competenza comunitaria.

Questo passaggio è d'obbligo per comprendere la "forzatura" contenuta nelle sentenze successive della Corte, oggetto di studio, per giustificare la competenza del suo sindacato.

Appare evidente che, *così come* la stessa ha escluso il suo giudizio dinanzi a casi che riguardavano materie per le quali non vi era stata espressa devoluzione di competenze alla Comunità, *a fortiori* avrebbe dovuto farlo dinanzi a materie la cui esclusione non deriva dal silenzio del Trattato, ma dalla presenza di una chiara previsione dello stesso, appunto l'art. 137, par. 5, che *esplicitamente* lo esclude dalla competenza regolativa dell'Unione. Come nel caso del diritto di sciopero.

L'invadenza, lo sconfinamento della Corte in tale materia, non appare giustificabile, ancor più se poi diretto, nel risultato finale, alla mortificazione di tale diritto.

L'espressa formulazione di riserva da parte degli Stati membri non può essere aggirata, in quanto produttiva di precisi effetti, e ci ricorda che l'Unione non è un ordinamento giuridico originario, ma un ordinamento derivato dalla volontà degli Stati membri, che hanno accettato la cessione di parte della loro sovranità nelle materie specificatamente individuate dai Trattati.

²⁴⁸ U. Carabelli, *op.cit.*, pag. 217.

Corollario di ciò è pensare che, in materia di sciopero, all'*esclusione esplicita della competenza regolativa della Comunità*, voluta dagli Stati, si accompagni anche l'esclusione di conferimento di poteri alla Corte in relazione alla valutazione del bilanciamento tra le libertà economiche del Trattato e il diritto di sciopero così come configurato dalle normative nazionali. O quantomeno "che il conferimento, da parte degli Stati membri, della competenza in relazione alle libertà economiche sancite nel Trattato ed alla loro tutela sia stato non assoluto, bensì 'decurtato' del profilo relativo al contrasto/bilanciamento con lo sciopero. (...) Si sarebbe dovuto ritenere che gli Stati membri si erano riservati la competenza di determinare in via esclusiva, secondo gli equilibri interni a ciascun ordinamento nazionale, il punto di bilanciamento con la libertà di iniziativa economica, in tutte le sue molteplici manifestazioni, ivi comprese quelle relative alla libertà di stabilimento ed alla libertà di circolazione dei servizi (e ciò sul piano tanto legislativo che giudiziario)"²⁴⁹.

La conclusione, grave, che ne deriva è che la Corte si sia, in tali circostanze, dimostrata come prevaricatrice della volontà sovrana degli Stati membri.

Ma la critica più severa che deve essere mossa alla Corte è sicuramente quella di avere un po' sottovalutato, se vogliamo, la natura essenzialmente costituzionale del diritto di sciopero, diritto sociale fondamentale della persona, per molti Stati, compreso il nostro, "strumento fondamentale di equilibrio di potere tra i grandi protagonisti della vita politico – economica contemporanea: Stato, impresa e sindacato"²⁵⁰.

²⁴⁹ U. Carabelli, *op.cit.*, pag. 218.

²⁵⁰ L. Mengoni, *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Il diritto di sciopero*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1952, I. Secondo l'autore, l'art 40 della Costituzione italiana "si inserisce nella direttiva principale dell'articolo 3, riconoscendo lo sciopero un mezzo di sviluppo della persona umana del lavoratore e di protezione dell'effettiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione dei rapporti economico-sociali in cui operano", pag. 28.

In un commento alle sentenze *Viking* e *Laval*, parlando degli effetti delle stesse sul sistema italiano, è stato affermato che la Corte "ha profondamente inciso nel trattamento dello sciopero come diritto fondamentale, come praticato (anche alla luce della giurisprudenza costituzionale) nel nostro ordinamento e in altri ordinamenti degli Stati membri" mettendo "i piedi nel piatto della nostra Costituzione". M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, pag. 98.

L'intervento "radicale" della Corte mette a repentaglio tale sistema di equilibrio, frutto di tradizioni costituzionali pluridecennali degli Stati e lo espone agli effetti dirompenti di un diritto comunitario che, di fronte all'inerzia delle istituzioni politiche dell'Unione, è composto dalle regole elaborate da un organo politicamente irresponsabile, cioè la Corte di Giustizia con le sue sentenze²⁵¹.

La giurisprudenza della Corte rischia di riversarsi direttamente sull'assetto democratico dello Stato, inteso come la risultante di tutte quelle norme costituzionali cardini del sistema economico, politico e sociale dello stesso.

Lo sciopero, diritto sociale fondamentale della persona, corrisponde a valori di tutela superiori a quelli sottesi ai diritti derivanti dalle discipline di tutela del lavoro "ordinarie", e quindi non può essere "giudicato" facendo ricorso alle medesime categorie di quest'ultime, al pari una "qualsiasi" restrizione apportata alle libertà di circolazione da una legislazione nazionale di tutela del lavoro, ad esempio, in materia di pause di lavoro o di indennità di mensa²⁵².

"Le relazioni industriali (il sistema di contrattazione collettiva e il conflitto) non sono 'diritti sociali' (come il diritto alle ferie o alla durata massima giornaliera etc.); contrattazione collettiva e conflitto sono *diritti collettivi per la produzione di diritti*²⁵³".

Ciò premesso, non deve apparire scontato un ulteriore quesito: fino a che punto è ammissibile che le libertà di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva possano sottostare ad un controllo sui contenuti dell'azione rivendicativa da parte della Corte di Giustizia?

Una libertà "controllata" è una contraddizione in termini, lo sciopero è un'azione collettiva, e al tempo stesso individuale, ontologicamente destinato a scontrarsi con la libertà di iniziativa economica, in qualsiasi forma si svolga.

E al di là di queste divagazioni, più o meno condivisibili, resta il fatto che la previsione di cui all'art. 137, n. 5 del Trattato attiene anche al diritto di associazione, e poiché quest'ultimo include la possibilità di scegliere

²⁵¹ U. Carabelli, *op. cit.*, 2011, pag. 30

²⁵² *Ibidem* che richiama, in tal senso G. Orlandini, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, pag. 465.

²⁵³ V. Bavaro, *Tre questioni su quattro sentenze della Corte di Giustizia: a proposito di geo-diritto del lavoro, meta-diritto all'impresa e all'autonomia collettiva*, in A. Vimercati, (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009, pag. 187.

“autonomamente e in piena libertà le politiche rivendicative in materia di contrattazione, [...] un controllo relativo ai contenuti dell’azione rivendicativa implica una indiretta regolazione limitativa dello stesso diritto di associazione”²⁵⁴.

Di fronte a questi rischi, come vedremo di seguito, due sono le possibili soluzioni che hanno trovato maggiore consenso in dottrina, seppure con entusiasmo diverso: il ricorso alla *teoria dei controlimiti* e l’operatività degli effetti discendenti dalla cd. *tutela multilivello dei diritti*.

2. La teoria dei controlimiti

L’applicazione della teoria dei controlimiti rappresenta sicuramente una soluzione “forte”, volta a ripristinare la garanzia di quell’assetto costituzionale che si ritiene messo in pericolo, della quale va ponderata con attenzione l’“opportunità politica”²⁵⁵.

È innegabile che nel sistema costituzionale italiano, il diritto di sciopero, inscindibilmente connesso con la libertà di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva, costituisce un elemento strutturale essenziale del nostro sistema democratico.

Proprio per ripristinare in senso “democratico” il nucleo di valori costituzionali che si presumono attaccati dal diritto comunitario, si prevede la possibilità di coinvolgere direttamente la Corte costituzionale in un giudizio finalizzato ad impedire che l’equilibrio democratico dell’ordinamento giuridico, disegnato dal nostro sistema di relazioni sindacali e contrattuali, sia messo in pericolo. L’equilibrio di potere tra Stato, impresa e sindacato rappresenta “una delle pietre angolari dell’ordinamento italiano e (...) menomarlo vorrebbe dire attentare all’integrità della Costituzione”²⁵⁶.

²⁵⁴ Su questi aspetti si rinvia a U. Carabelli, 2011, *op. cit.*, pag. 30.

G. Orlandini, *op. cit.*, segnala come la scelta della Corte “apre la strada ad una indiscutibile intromissione del potere giudiziario nel merito delle scelte strategiche del sindacato”.

²⁵⁵ A. Lassandari, *La tutela collettiva nell’età della competizione economica globale*, in *Working Papers CSDLE ‘Massimo D’Antona’*. Int n. 25/2005.

²⁵⁶ L. Mengoni, *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Il diritto di sciopero*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1952, I, pag. 35.

La teoria dei controlimiti è stata elaborata dalla nostra Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 68 del 1965, fino ad arrivare alla celebre sentenza n. 170 del 1984 (cd. *Granita*).

La sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183 (cd. *Frontini*) affermava che “in base all’art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini – possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi [...] una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali”²⁵⁷.

Successivamente, con la storica sentenza *Granita*²⁵⁸, la Corte affermava che “le osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l’intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza n. 183/1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana”²⁵⁹.

La Corte, quindi, affida al giudice ordinario il compito di sollevare eventuali ipotesi di contrasto tra il diritto interno e quello comunitario, avvalendosi, se del caso, dell’aiuto della Corte di Giustizia attraverso lo strumento del ricorso in via pregiudiziale, ma richiama il sindacato della Corte costituzionale, “custode dei diritti” per tutelare i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona.

Come precisato dalla dottrina, i controlimiti sono riferibili a un nucleo essenziale e inderogabile di principi costituzionali, ma non coincidono con l’intera Costituzione: si tratta di “quei principi costituzionali essenzialmente di

²⁵⁷ Cfr. punto n. 9 della motivazione della sentenza n. 183/1973 (nota come sentenza *Frontini*).

²⁵⁸ Sentenza n. 170 n. 170/1984.

²⁵⁹ Cfr. punto n. 7 della motivazione della sentenza n. 170/1984..

natura materiale [che] tendono a coincidere con quei principi supremi ('supercostituzionali' potrebbe dirsi) che appartengono all'essenza dei valori sui quali si fonda la Costituzione italiana"²⁶⁰.

Tra questi rientrano a pieno titolo il diritto di sciopero, nonché le libertà di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva.

In applicazione di questa teoria, qualora ritenesse fondato il contrasto tra una norma UE ed una delle numerose disposizioni che, nella Costituzione italiana, tutelano i lavoratori e i loro diritti, la Corte costituzionale potrebbe pronunciare l'incostituzionalità della legge italiana di esecuzione del TFUE, nella misura in cui consente a specifiche disposizioni o atti di diritto dell'Unione di spiegare i propri effetti nell'ordinamento italiano"²⁶¹.

Uno degli ostacoli all'applicazione di tale teoria è stato a lungo rappresentato dalla posizione assunta dalla Corte di Cassazione²⁶² con la sua interpretazione della sentenza *Frontini*.

Secondo la Cassazione, prima di ricorrere a questo meccanismo di "protezione" sarebbe opportuno valutare attentamente fino a che punto "il contrasto raggiunga quella soglia così macroscopica da far pensare che è il Trattato nel suo complesso a porsi in conflitto con la Costituzione italiana e da giustificare il ricorso allo strumento radicale e dirompente dell'uscita dell'Italia dall'Unione europea"²⁶³.

²⁶⁰ U. Villani, *I 'controlimiti' nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, ESI, Napoli, II, 2008, pag. 1297.

²⁶¹ U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, pag. 1299. Aggiunge U. Carabelli che "La soluzione prefigurata deve, naturalmente, essere adattata, nel caso che ci riguarda, al fatto che il contrasto tra diritto comunitario e diritto fondamentale di sciopero, sancito dall'art. 40 della Costituzione italiana, deriva dall'interpretazione che la Corte di Giustizia ha adottato, nei casi *Laval* e *Viking*, dell'art. 137.5, da un lato, e degli artt. 43 e 49 del Trattato CE, dall'altro. Da tale interpretazione, stante l'asserita efficacia diretta *inter partes* di queste ultime due disposizioni, deriverebbe l'obbligo, per il giudice italiano che fosse chiamato a decidere una controversia corrispondente a quelle decise nel caso *Laval* ovvero nel caso *Viking*, di adottare una decisione rispettosa dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia nelle predette sentenze. Ma poiché una siffatta decisione si porrebbe in insanabile contrasto con l'art. 40 Cost., tale magistrato dovrebbe sollevare una questione di costituzionalità della legge italiana di esecuzione del Trattato, 'nella parte in cui' essa rende vincolanti per il giudice italiano le due disposizioni del Trattato, nei loro profili rilevanti per la materia dello sciopero per fini contrattuali decisi dalla Corte di Giustizia, in quanto tali disposizioni, così interpretate, risultano (ormai) confliggenti con il diritto di sciopero garantito dalla disposizione costituzionale italiana".

²⁶² Cass. 3 ottobre 1997, n. 9653, in riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 183 del 1973.

²⁶³ Cass. 3 ottobre 1997, n. 9653.

Questa insostenibile alternativa “tra il tutto e il niente”²⁶⁴ finirebbe per limitare il sindacato della Corte costituzionale esclusivamente ai casi “aberranti” di “conflitto del Trattato nel suo complesso con i principi che la teoria dei controlimiti intende tutelare”, escludendo in radice la possibilità di “sindacare la ‘specifica’ violazione di un principio o diritto fondamentale da uno ‘specifico’ atto comunitario”²⁶⁵.

Tale tesi, per le conseguenze estreme che ne derivano, non convince, e necessita un ripensamento della teoria dei controlimiti, intesa come possibilità per la Corte Costituzionale di “operare un puntuale controllo sulla singola disposizione che appaia in contrasto con i principi o diritti fondamentali”²⁶⁶, evitando il rischio di “soluzioni dirompenti e traumatiche”

In questo modo, i controlimiti permetterebbero “la ‘disapplicazione’ della norma comunitaria (...) contrastante; essi svolgerebbero, quindi, una funzione analoga (ma rovesciata) rispetto a quella propria della limitazione della sovranità italiana a favore dell’ordinamento comunitario”²⁶⁷.

Al monopolio interpretativo che la Corte di Giustizia esercita sul diritto comunitario farebbe da contraccolpo un analogo monopolio della Corte costituzionale sulla nostra Costituzione, a protezione dei principi e dei diritti fondamentali ivi contenuti²⁶⁸, come già avvenuto, ad esempio, nel sistema tedesco.

La Corte costituzionale tedesca, infatti, ha affermato che, rispetto ad alcune materie in ambito economico, culturale e sociale, espressione del “nucleo duro” del principio democratico dello stesso sistema costituzionale tedesco, è indispensabile che lo Stato si riservi un “margine di manovra

²⁶⁴ Così A. Algostino, *Democrazia sociale e libero mercato: Costituzione italiana versus ‘costituzione europea’?*, 2007, in www.costituzionalismo.it richiamando l’espressione di Gustavo Zagrebelsky.

²⁶⁵ Cfr. U. Villani, *I ‘controlimiti’ nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, ESI, Napoli, II, 2008, pag. 1304 ss.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ Ancora U. Villani, 2008, pag. 1306, il quale sottolinea che “quale importante elemento di distinzione tra i due fenomeni resta pur sempre la circostanza che la disapplicazione (o non applicazione) del diritto nazionale contrastante con quello comunitario (direttamente applicabile) è affidata al giudice ordinario (nonché alla pubblica amministrazione), mentre la disapplicazione del diritto comunitario confliggente con i principi costituzionali o i diritti umani fondamentali resta prerogativa esclusiva della Corte costituzionale”.

²⁶⁸ Così C. Panzera *Il bello dell’essere diversi. Corte costituzionale e corti europee ad una svolta*, 2009, in www.forumcostituzionale.it

sufficiente di decisione politica”²⁶⁹, considerato che il primato del diritto europeo su quello nazionale rimane sempre e comunque, anche dopo il Trattato di Lisbona, “un istituto derivato, fondato su un trattato internazionale che solo in virtù dell’ordine di esecuzione della legge di approvazione produce effetti giuridici in Germania”. E quindi, in casi eccezionali e di *extrema ratio*, lo Stato tedesco si riserva di dichiarare l’inapplicabilità di norme di diritto dell’Unione europea, senza che ciò sia in “contraddizione con l’obiettivo del favore per il diritto europeo, cioè con la partecipazione, costituzionalmente richiesta (...) alla realizzazione di un’Europa unita”²⁷⁰. La Corte tedesca, quindi, lascia aperta la possibilità di ricorrere alla teoria dei controlimiti, se necessario.

Questa decisione manifesta l’attuale tendenza degli Stati alla protezione del “DNA politico e sociale” delle identità costituzionali, in cui la teoria in esame trova la sua evidente *ratio*. Tuttavia, la possibilità di utilizzare i controlimiti, appare come una soluzione non soddisfacente se si considera come questa possa avere la conseguenza di differenziare troppo la situazione dei diversi Stati membri in relazione ad una disposizione del diritto UE, a seconda dell’accoglimento o meno di questa teoria nei diversi ordinamenti interni e soprattutto della rilevanza costituzionale che i valori da tutelare hanno in quegli ordinamenti²⁷¹.

La teoria dei controlimiti, se non “maneggiata con cura” espone ad una “pericolosa involuzione nazionalistica, i cui pericoli evidentemente sfuggono”²⁷².

Quindi, bisogna confidare nella seconda soluzione, a Trattati invariati, ovvero quella offerta dai molteplici effetti “naturali” che potrebbero discendere dalla piena operatività del sistema multilivello di protezione dei diritti, e in particolare dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che, come si è visto, in anni recenti ha adottato alcune pronunce che appaiono

²⁶⁹ Sentenza del *BundesVerfassungsgericht* del 30 giugno 2009. Si veda il commento di B. Guastaferrò, *Note sulla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco in ordine alla ratifica del Trattato di Lisbona*, 2009, in www.europeanrights.eu

²⁷⁰ Par. 339 – 340 della sentenza del *BundesVerfassungsgericht* del 30 giugno 2009.

²⁷¹ Secondo G. Fontana, *op. cit.*, p. 26: “La nostra Costituzione ha un diverso orizzonte [...]. Pensare di ritrovarlo oltre le frontiere, nello spazio europeo, sarebbe probabilmente un peccato di ingenuità”.

²⁷² A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte la crisi (necessità di un nuovo modello sociale europeo: più sobrio, solidale, sostenibile)* in www.associazioneitalianacostituzionalisti.it

maggiormente sensibili all'esigenza di tutelare il diritto di sciopero e quello di contrattazione collettiva.

1.3. Il sistema multilivello di protezione dei diritti

La seconda soluzione al conflitto diritto-mercato viene individuata direttamente all'interno del sistema integrato di protezione dei diritti: nell'ordinamento europeo la garanzia dei diritti sociali fondamentali non è più solo affidata ad una sola Carta o a un solo giudice, ma è la risultante dell'interazione di diverse protagonisti e del fenomeno di "osmosi" tra gli stessi.

Attraverso il dialogo tra Corti nazionali e sovranazionali e attraverso la tutela dei diritti contenuta nelle diverse Carte dovrebbe attuarsi "quella reciproca contaminazione (*cross fertilizing effect*) fra ordinamenti nazionali, costituzionalismo sovranazionale e protezione dei diritti fondamentali"²⁷³.

Questo sistema funziona, ed è effettivo, solo se riesce a garantire la massima protezione del diritto attraverso l'applicazione, caso per caso, della previsione più favorevole, sia che la stessa provenga da una sentenza giudiziale, sia che sia contenuta in una Carta costituzionale nazionale o che proclami i diritti a livello sovranazionale, attraverso un uso "potenzialmente *sussidiario* delle fonti e della giurisprudenza, secondo 'la convenienza', ossia di volta in volta a vantaggio della maggiore tutela del diritto, 'ovunque' essa sia riconosciuta. Insomma, quel che *per ora* sembra negato dalla Corte del Lussemburgo potrà essere riconosciuto.. da un'altra Corte, nazionale o sovranazionale"²⁷⁴.

In questo senso, l'art. 53 della CEDU, l'art. H (ex 32) della Carta Sociale Europea e l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione richiamano l'applicazione giudiziale, quando possibile, della norma più favorevole.

Tale previsione, quindi, se fugge ogni dubbio in relazione all'*an*, ovvero se va applicata la norma maggiormente favorevole, lascia ancora indeterminato il *quomodo*, ovvero le modalità concrete secondo le quali la norma di *favor* prevale.

²⁷³ 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 *Working Papers Massimo D'Antona INT*, 2008, n. 61.

²⁷⁴ A. Spadaro, *op. cit.* pag. 12

Ciò non è sempre semplice da stabilire all'interno del sistema europeo. Operare una ricostruzione del sistema è, tuttavia, possibile e necessario²⁷⁵, attraverso l'interpretazione in *bonam partem* di queste tre disposizioni.

Si possono formulare in astratto diverse ipotesi:

- qualora la norma "più favorevole" a un diritto sociale fosse contenuta in una fonte primaria dell'ordinamento nazionale, la stessa sarebbe direttamente applicabile dai giudici interni, senza interferenze di sorta dagli ordinamenti esterni;
- qualora la norma la norma "più favorevole" fosse prevista una disposizione di principio costituzionale, sarà immediatamente applicata e, ove non possa essere *subito e direttamente* applicata, attraverso lo strumento del ricorso incidentale alla Corte costituzionale, verrà espunta dall'ordinamento la norma interna *in peius*, illegittima perché contrastante con la Costituzione;
- qualora la "norma più favorevole" fosse fissata in disposizioni dell'UE, regolamenti o direttive *self-executing*, questa sarà direttamente applicabile, fatto salvo il caso dell'eventuale contrasto con i c.d. *controlimiti* nazionali;
- se, invece, questa fosse contenuta in disposizioni della CEDU o discendesse dall'interpretazione della norma data dalla Corte EDU, l'applicazione giudiziale è possibile, ma subordinata al preventivo filtro del sindacato della Corte costituzionale che riguarda la Cedu nella sua interezza²⁷⁶.

Rimane da esaminare il caso, frequente, in cui la norma più favorevole, contenuta nella Carta Sociale Europea, riguardi diritti non contemplati nella Carta di Nizza, oppure quando il trattamento più favorevole è contenuto nelle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS), organo di controllo della stessa Carta Sociale Europea²⁷⁷. In questo caso, i limiti che derivano dal ruolo del Comitato²⁷⁸ e la ridotta Giustiziabilità davanti alle Corti nazionali della

²⁷⁵ A. Spadaro, *op. cit.*, pag. 12.

²⁷⁶ Almeno a partire dalle c.d. sentenze gemelle della Corte costituzionale italiana (nn. 348 e 349 del 2007). Cfr A. Spadaro, *op. cit.*, pag. 14.

²⁷⁷ Si tratta di decisioni spesso molto avanzate, al punto che si parla, anzi, di una vera e propria "giurisprudenza CEDS". A. Spadaro, *op. cit.*, pag. 14.

²⁷⁸ Il CEDS può solo riferire al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il quale a sua volta può adottare raccomandazioni solo a maggioranza dei due terzi.

Carta sociale europea ridimensionano la stessa ad un ruolo solo indiretto nel sistema di protezione multilivello: la Carta può essere richiamata solo *ad abundantiam*, ossia in veste “integrativa” del diritto interno o di altri obblighi internazionali”²⁷⁹.

Per questo si fa sempre più pressante in dottrina la tesi secondo cui è urgente una *positivizzazione comunitaria della CSE*, ossia la ricezione della Carta Sociale Europea nei Trattati UE, come avvenuto nel Trattato di Lisbona per la CEDU, vista l’incidenza che la CSE e il CEDS hanno proprio in materia di diritti sociali. In assenza di ciò, un’importante parte delle decisioni in materia di diritti sociali prese dal Comitato rischia di non essere applicata, in chiaro pregiudizio dell’effettività dei diritti sociali stessi.

Con l’integrazione della Carta, invece, non si potrebbe più ignorare né l’efficacia vincolante della Carta Sociale Europea, né l’interpretazione datane dal suo organo di controllo, introducendo così “un’importante tessera nel mosaico del costituzionalismo multilivello europeo, che manca e va invece al più presto inserita, con vantaggio di tutti”²⁸⁰.

Questo sistema, fino ad ora, non ha manifestato le sue potenzialità “ordinatrici” nel comporre i conflitti tra fonti, capace di garantire l’affermazione dei diritti sociali. Anzi. Autorevole dottrina ha evidenziato come, “la quantità dei diritti e la pluralità degli strumenti di tutela non sono in rapporto diretto con la qualità della protezione della persona”²⁸¹ e che, per paradosso, “il riconoscimento di nuovi diritti e nuove istanze giudiziarie in effetti produce un peggioramento degli standard di tutela effettiva”²⁸².

Le Corti sovranazionali, soprattutto, dovrebbero impegnarsi ad adottare un’interpretazione orientata all’applicazione della norma più favorevole, ovunque contenuta, e attraverso il loro dialogo si dovrebbero prevenire conflitti tra diritti e giurisprudenze contrastanti.

Ma le stesse forme di tutela si mostrano singolari, se si pensa che, da un lato, la CEDU è di facile accesso diretto da parte del cittadino a Strasburgo, ma fornisce scarse indicazioni sui diritti sociali, i quali sono praticamente tutti di

²⁷⁹ Cfr., per es., Corte di Cass. nn.: 2778/1990; 2245/2006; 16017/2007. Si veda Spadaro A., *op. cit.*, pag. 15.

²⁸⁰ *Ibidem*

²⁸¹ La citazione è di M. Luciani, *Costituzione, integrazione europea, op. cit.*, pag. 72.

²⁸² F. Vecchio, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?* in www.europeanrights.eu

creazione pretoria; dall'altro, la Carta di Nizza non prevede un facile accesso alla Corte del Lussemburgo da parte del singolo, ma predispone un ricco catalogo di diritti sociali.

Il giudice nazionale, soprattutto quello costituzionale, a difesa del proprio ordinamento giuridico, in caso di "attacco" a quei diritti (come quello di sciopero) che assolvono una essenziale funzione di equilibrio democratico, potrà richiamare "l'identità costituzionale", espressamente menzionata nell'art. 4.2 TUE.

Questo articolo, che è stato spesso interpretato come una sorta di *comunitarizzazione dei controlimiti*²⁸³, offrirebbe un'opportunità eccezionale per sfruttare la "riserva di giurisdizione nazionale" connessa all'*identity review* o all'*ultra vires review*, anche se, nel corso di questi anni, nessun giudice interno è intervenuto per sanzionare l'incostituzionalità di questi provvedimenti giurisprudenziali²⁸⁴.

E nemmeno la Corte europea di Strasburgo, tradizionalmente riconosciuta come uno dei pilastri del sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali, è mai intervenuta per sanzionare le decisioni in questione²⁸⁵.

1.4 Prospettive di adesione dell'Unione europea alla Cedu. Effetti sulla tutela dei diritti sociali.

Il tema dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo riveste un aspetto di particolare e delicatissima importanza in materia di diritti sociali.

In particolare, ci si domanda se un'adesione sia effettivamente possibile (e auspicabile) e quali siano gli effetti della stessa sul livello di tutela dei diritti fondamentali.

²⁸³ Secondo alcuni autori, tale interpretazione dell'art. 4.2 TUE come forma di *comunitarizzazione dei controlimiti* è un vistoso equivoco. Si veda R. Bin, P. Caretti, G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Ue*, Bologna, 2015, pag. 357.

²⁸⁴ Cfr F. Vecchio, *op. cit.* pag. 12. Si fa riferimento alla possibilità, per i giudici costituzionali interni, di controllare che l'ordinamento europeo rimanga entro i confini delle proprie competenze (*ultra vires review*) e che le competenze concretamente attribuite non intacchino le norme costituzionali in cui è codificata l'identità costituzionale del Paese.

²⁸⁵ Con la sentenza *Matthews c. Regno Unito*, del 18 febbraio 1999, la Corte europea ha riconosciuto la possibilità di dichiarare il contrasto tra certe disposizioni comunitarie e le disposizioni della Carta europea dei diritti dell'uomo.

D'altronde, si è già visto precedentemente come, anche in tema di diritti sociali, la Corte di Strasburgo, attraverso un'interpretazione ampia ed evolutiva della Cedu, sia giunta ad accordare una tutela, spesso pregnante, a diverse categorie di diritti fondamentali, anche riguardanti il lavoro e le libertà sindacali. Con l'adesione dell'Unione alla Cedu, "si porterebbe a compimento il processo di integrazione tra le diverse 'fonti' europee, rendendo le sentenze della Corte di Strasburgo parte integrante del diritto dell'UE"²⁸⁶.

La dottrina è concorde nel sottolineare che l'adesione dovrebbe ravvivare il dialogo tra le Corti europee al fine di evitare ipotesi di scontri aperti, favorendo uno sviluppo giurisprudenziale coordinato, che si allontani dal modello dei "controlimiti" sviluppatosi in seno all'Unione²⁸⁷.

Sulla base del disposto del secondo comma dell'articolo 6 del Trattato di Lisbona, secondo cui "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" è stato avanzato un accordo di adesione²⁸⁸ sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia, che si è espressa con parere 2/13²⁸⁹.

²⁸⁶ G. Orlandini, *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona* in Borrelli S., Guazzarotti A., Lorenzon S., (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Napoli, 2012, p. 160.

²⁸⁷ In questo senso, C. Pinelli, *Judicial Protection of human rights in Europe and the limits of the judge-made system*, in *Dir. UE*, 1996, p. 1005-1006 secondo cui "the relationship between national judges and the European Court of Human rights can then be considered far more flexible than that between the Constitutional Courts and ECJ, in the sense that only in the latter case the Courts have built together a network where every decision takes into account the other Court's possible reaction. The success of the dialogue of national Courts with the Strasbourg Court seems to rely less on the institutionalisation of their relationship than on cultural factors of our age, frequently depicted as "the age of human right".

²⁸⁸ Il progetto di accordo approvato il 5 aprile 2013 ha rappresentato l'esito di un negoziato durato tre anni (una prima fase tra 2010-2011 e una seconda tra 2012-2013) per approdare ad una posizione comune tra Unione europea e gli Stati membri del Consiglio d'Europa (Testo dell'accordo www.europarl.europa.eu/activities/committees/hearingsCom.do?language=EN&body=AFCO).

Si ricorda che l'adesione dell'Unione alla Cedu dovrà avvenire mediante la firma di un Trattato internazionale di adesione che da un lato dovrà essere ratificato dai 47 Stati parte della Convenzione, e dall'altro dovrà rispettare la procedura prevista dall'art. 218 TFUE, pertanto con votazione all'unanimità del Consiglio, previo il parere favorevole del Parlamento, e successivamente dovrà essere trasposto nei singoli ordinamenti nazionali secondo le corrispondenti procedure interne, con possibilità di richiedere, per l'appunto, un parere circa il testo del Trattato alla Corte di Giustizia.

²⁸⁹ Il parere è stato reso pubblico il 18 dicembre 2014 suscitando accese reazioni in dottrina. Nonostante la posizione dell'avvocato generale Kokott, adottata il 13 giugno 2014, non sia stata resa pubblica fino alla data del parere, la dottrina auspicava che la Corte avrebbe adottato un approccio simile a questa, pronunciando un sostanziale consenso all'adesione.

La Corte di Giustizia ha stupito dottrina e interpreti con un parere negativo che sembra chiudere la possibilità all'adesione dell'Unione per un lungo periodo²⁹⁰, suscitando un animato dibattito, dal quale sono emersi profili nuovi rispetto a quelli già affrontati in passato nonché interessanti proposte circa gli ulteriori sviluppi del processo di adesione, inaugurando la “*novissima quaestio* dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU”²⁹¹.

In realtà, sembrava che la base giuridica offerta dal Trattato di Lisbona attraverso la modifica dell'art. 6, par. 2 TUE (accompagnata dalla riforma dell'art. 59 CEDU, ad opera del suo Protocollo 14, per consentire l'adesione ad essa di un soggetto diverso dagli Stati²⁹²) avesse ormai definitivamente aperto la strada all'adesione²⁹³.

La previsione della Carta dei diritti fondamentali prima, e del Trattato di Lisbona poi, hanno visto crescere la favorevole aspettativa verso una revisione dei Trattati diretta a conferire all'Unione gli strumenti per aderire alla Convenzione.

²⁹⁰Si veda: I. Anro, *Il parere 2/13 della Corte di Giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, in www.diritticomparati.it, 2 febbraio 2015; A. Guazzarotti, *Crisi dell'euro e crisi del processo di adesione dell'UE alla CEDU: due facce della stessa medaglia?*, in www.forumcostituzionale.it 8 gennaio 2015; L. S. Rossi, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/>; A. Ruggeri Maggiore, *o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali*, in *Consulta on line* 2014, fasc.1, p. 39; E. Spaventa, *A very Fearful Court. The protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Jour. Eur. Comp. Law* 2015, pagg. 35- 56; S. Vezzani, «*Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!*»: *la Corte di Giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU* in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/>.

²⁹¹L'espressione è di D. Fanciullo, *Il parere 2/13 della Corte di Giustizia, la novissima quaestio dell'adesione dell'Unione europea alla Cedu* in www.federalismi.it

²⁹² La Convenzione, infatti, necessitava di una modifica che prevedesse esplicitamente la possibilità che anche un'organizzazione *sui generis* come l'Unione potesse aderirvi. In particolare, il protocollo 14 ha modificato l'art. 59 che oggi dispone che “l'Unione europea potrà accedere alla Convenzione”.

²⁹³ Il precedente parere 2/94, reso nel marzo 1996, infatti, aveva censurato la carenza di idonee basi giuridiche per procedere all'adesione, evidenziando l'esigenza che un tale mutamento istituzionale (e costituzionale) trovasse il proprio fondamento in una decisione politica. Il parere, allora, era stato reso in prossimità dei negoziati del trattato di Amsterdam, dove però non si colse l'occasione per esprimere tale scelta.

Si veda G. Tiberi, *La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. com.*, 1997, p.437 ss; M. De Stefano, *L'Unione europea e la convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo. Ipotesi sui futuri rapporti Corte europea-Corte di Giustizia: una Corte costituzionale per l'Europa?* In *Riv. Internaz. Dir. Uomo*, 1998, p. 59 ss.; B. Conforti, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *Riv. Internaz. Dir. Uomo*, 2000, p. 4 ss.; Rossi L. S., *Il parere 2/94 sull'adesione della comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Ue*, 1996 p. 843.

Tra i motivi principali a sostegno dell'adesione spiccava sicuramente l'esigenza di allineare le disposizioni della Carta a quelle contenute nella Convenzione e quindi la necessità che la giurisprudenza delle due Corti si evolvesse in simultanea, creando un sistema coerente di tutela dei diritti fondamentali in un'Europa (continente) veramente unita dalla legge e dai valori. Inoltre, a ciò si affiancava anche la possibilità per l'Unione di essere rappresentata davanti la Corte di Strasburgo, con la conseguenza di un efficace controllo degli atti comunitari direttamente in capo a quest'ultima e non solo ai suoi Stati membri.

Il mandato di adesione contenuto all'art. 6 TUE avrebbe dovuto risolvere i problemi sollevati dalla Corte di Giustizia nel suo precedente parere 2/94, posto che il Trattato di Lisbona conferisce all'Unione esplicitamente la competenza ad aderire alla Convenzione, disciplinando, nel Protocollo 8 dello stesso Trattato, le modalità con cui dovrà avvenire tale adesione.

Secondo quanto previsto dal Protocollo questa dovrà, anzitutto, rispettare le competenze e le caratteristiche specifiche dell'Unione, con particolare attenzione alle modalità di partecipazione dell'Ue agli organi di controllo della Convenzione, nonché i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente a seconda dei casi agli Stati membri e/o all'Unione²⁹⁴.

Il parere reso dalla Corte di Giustizia nel 2013 si articola in otto sezioni. La prima riporta la domanda della Commissione, ovvero il quesito circa la compatibilità con i trattati del progetto di accordo, insieme ai cinque allegati, elaborati anch'essi dai negoziatori²⁹⁵; la seconda sezione afferisce alla ricostruzione del quadro istituzionale del Consiglio d'Europa e i contenuti della

²⁹⁴ Il Protocollo 8, nato per dare indicazioni di natura tecnico/giuridica in merito alle difficoltà che il processo di adesione comporterà per i due ordinamenti giuridici, è apparso da subito esiguo e non esaustivo, lasciando insolute una serie di problematiche che sono state al centro dei negoziati per l'adesione.

²⁹⁵ Ovvero il progetto riveduto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il progetto di dichiarazione dell'Unione europea da emettere al momento della firma dell'accordo di adesione, il progetto di regola da aggiungere alle regole del Comitato dei Ministri per il controllo dell'esecuzione delle sentenze e delle composizioni amichevoli nelle cause in cui è parte l'Unione europea, il progetto di memorandum di accordo tra l'Unione europea e X (Stato non membro dell'Unione europea), il progetto di relazione illustrativa dell'accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, tutti facenti parte del "pacchetto adesione".

CEDU; la terza descrive i rapporti tra Unione e la CEDU, secondo quanto previsto dai trattati e dalla storica giurisprudenza della Corte; la quarta ripercorre il processo di adesione e la quinta riassume i contenuti del progetto di accordo.

La sesta sezione riassume il ricorso della Commissione, mentre la settima presenta una sintesi delle principali osservazioni presentate dinanzi alla Corte di Giustizia dai ventiquattro Stati intervenuti nella procedura, nonché da Parlamento europeo e Consiglio, che sebbene con alcuni profili di difformità quanto ai contenuti, concludono tutte per la compatibilità del progetto di accordo con i trattati.

Infine nell'ottava sezione (punti 144-258), di sicuro la più rilevante, la Corte esprime la propria posizione con riferimento alla ricevibilità della richiesta di parere e ai diversi profili di incompatibilità del progetto di accordo con i Trattati.

Senza volersi addentrare troppo nella questione, può essere utile soffermarsi sulle questioni che maggiormente sono state al centro del dibattito. In particolare, per quanto attiene al “quadro” costituzionale richiamato dalla Corte (punti 155-176)²⁹⁶, questo è composto da diverse fonti: l'art. 6 TUE, che rappresenta la base giuridica per l'adesione, il protocollo n. 8 allegato ai trattati, che (ex art. 51 TUE) ha lo stesso valore giuridico dei trattati²⁹⁷ e la dichiarazione relativa all'art. 6, par. 2, TUE secondo cui l'adesione deve essere realizzata con modalità atte a preservare le specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

E' proprio sulla specificità dell'ordinamento che la Corte insiste, ribadendo in più parti che l'adesione è subordinata alle condizioni previste dai Trattati dirette a “garantire che quest'ultima non incida sulle caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione” (164), tra cui il principio di attribuzione e il quadro istituzionale (165), la natura stessa del diritto dell'Unione, con particolare riferimento al primato (166).

²⁹⁶ Profondamente diverso da quello del contesto del parere 2/94 per effetto delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona.

²⁹⁷ E definisce precisi limiti secondo i quali “l'accordo di adesione deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione e assicurare che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione, né sulle attribuzioni delle sue istituzioni, né sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della CEDU, e neppure sull'articolo 344 TFUE.

Il Giudice europeo evidenzia l'esistenza dei valori comuni su cui l'Unione si fonda, la fiducia reciproca tra gli Stati membri (168), l'autonomia del diritto dell'Unione rispetto al diritto degli Stati membri e dell'ordinamento internazionale (170).

Si pone l'accento sul sistema istituzionale e giurisdizionale dell'Unione (174), rilevando che «la [sua] chiave di volta» è rappresentata dal rinvio pregiudiziale (176).

I rapporti tra Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo, ciascuna intenta a difendere la propria competenza, rappresentano il vero punto dolente dell'adesione dell'Unione alla Cedu, quest'ultima gelosa della sua competenza e restia ad accettare qualsiasi forma di controllo esterno, nemmeno in materia di diritti fondamentali. Ambito, questo, che come si è visto abbondantemente, non potrebbe che trovare giovamento da un sistema multilivello di protezione e di dialogo tra giudici realmente funzionante.

Lo stesso dialogo fra la Corte EDU e il giudice nazionale risente inevitabilmente del meccanismo che riserva alla Corte di Strasburgo il ruolo di giudice di ultima istanza, legittimato a intervenire soltanto quando con nessun altro rimedio interno è possibile apprestare la tutela di un diritto fondamentale.

Il giudice interno, cui è affidato il sindacato ermeneutico sul diritto nazionale, deve operare l'interpretazione del diritto nazionale conforme alla CEDU. «È, in definitiva, questo il senso finale del principio di sussidiarietà che anima i rapporti fra giudice nazionale e Corte europea»²⁹⁸.

Ma il giudice interno non gode nei confronti della Corte EDU di quello strumento (fondamentale) rappresentato dal rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE che, invece, costituisce il paradigma fondamentale dei rapporti fra giudice nazionale e Corte di Giustizia²⁹⁹.

²⁹⁸ I. Anro, *Il parere 2/13 della Corte di Giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, in www.diritticomparati.it, 2 febbraio 2015.

²⁹⁹ In questo contesto nascono, dal 2005 in poi, le diverse proposte di recepire un meccanismo che potesse, in qualche modo, avvicinarsi a quello del rinvio pregiudiziale esistente nell'ambito dei rapporti fra giudici nazionali e Corte di Giustizia, e che hanno anticipato le soluzioni offerte dal Protocollo n. 16.

Tra queste, quella avanzata da in particolare, da una commissione di Saggi nominata dai capi di Stato e di Governo dei Paesi membri del Consiglio d'Europa in occasione della riunione tenuta il 15/16 maggio 2005 a Varsavia.

«Tale soluzione, tuttavia, era stata prospettata in termini problematici, ritenendola non automaticamente esportabile nell'ambito dei rapporti fra autorità giudiziarie nazionali e Corte di Strasburgo. Si sottolineava, in proposito, la diversa *filosofia* sottesa al sistema di tutela voluto

La Corte, richiamando ossequiosamente la sua stessa giurisprudenza (parere 1/91), afferma come non sia, in linea di principio, incompatibile con il diritto dell'Unione la conclusione di un accordo internazionale che preveda la sottoposizione delle sue istituzioni al controllo di un organo giurisdizionale esterno, purché vengano preservate la natura delle competenze dell'Unione e non pregiudicata l'autonomia del suo ordinamento giuridico (181-183).

Secondo il ragionamento della Corte, per effetto dell'adesione, l'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo finirebbe necessariamente per vincolare l'Unione e le sue istituzioni, mentre, invece, l'interpretazione dei diritti contenuti nella CEDU fornita dalla Corte di Giustizia non potrebbe vincolare la Corte EDU, perché sarebbe inerente al controllo esterno dalla stessa operato (185).

Inoltre secondo la Corte di Giustizia, la propria attività di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, al fine in particolare di stabilire se uno Stato membro sia tenuto a rispettare i diritti fondamentali dell'Unione, non può essere messe in discussione dalla Corte EDU (186). In particolare, sottolinea la Corte, secondo l'articolo 53 della Carta "nessuna disposizione di quest'ultima deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale e dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla CEDU, nonché dalle costituzioni degli Stati membri" (187).

Secondo l'interpretazione della Corte di Lussemburgo, tale norma deve essere interpretata nel senso che l'applicazione di standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali più elevati non deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Dunque, occorrerebbe coordinare l'art. 53 della Carta con l'art. 53 della CEDU, norma che prevede la possibilità per gli Stati di prevedere standard di tutela più

dalla Convenzione dei diritti dell'uomo che, com'è noto, all'art. 35, presuppone l'esaurimento delle vie di ricorso interno prima di prevedere l'intervento della corte europea e non si fonda, dunque, su un intervento preventivo del giudice sovranazionale. In tale prospettiva, l'introduzione del sistema del rinvio pregiudiziale avrebbe potuto, (...) secondo i saggi, creare problemi di coordinamento che richiedevano ulteriori approfondimenti". R. Conti, *La richiesta di parere consultivo alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal protocollo n. 16 annesso alla Cedu e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea* in <http://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>, pag.3 ss.

elevati rispetto alla CEDU, “affinché la facoltà concessa dall’articolo 53 della CEDU agli Stati membri resti limitata, per quanto riguarda i diritti riconosciuti dalla Carta corrispondenti a diritti garantiti dalla citata convenzione, a quanto è necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima, nonché il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione” (189).

Senza dubbio quest’argomentazione della Corte desta parecchi dubbi. Innanzitutto, perché l’art. 53 CEDU prevede semplicemente che la Convenzione costituisca uno standard minimo di tutela dei diritti in Europa, senza escludere agli Stati parte di stabilire un livello di tutela più alto. Tra l’altro, la CEDU utilizza una formulazione pressoché identica rispetto a quanto contenuto nell’art. 53 della Carta.

Quali sarebbero i problemi di raccordo tra i due articoli? L’eventuale contrasto con l’articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, dovuto all’applicazione di uno standard più elevato di tutela adottato da uno Stato membro in un ambito di rilevanza “comunitaria”, appare semplicemente come una questione del tutto interna all’Unione europea, la cui risoluzione non interessa né all’accordo di adesione, né la Corte EDU.

Sembrerebbe che la Corte pretenda l’inserimento di una clausola che imponga agli Stati membri di non adottare il proprio standard più elevato in applicazione dell’art. 53 CEDU quando si tratta di un settore armonizzato dal diritto dell’Unione, indicando la Carta di Nizza quale “standard massimo” di tutela³⁰⁰.

Anche la terza censura del parere, non convince del tutto. Anche questa argomentata con esplicito riferimento alle caratteristiche specifiche e all’autonomia del diritto dell’Unione, riguarda la possibilità che dall’applicazione del Protocollo 16³⁰¹ derivi un criticabile effetto di *forum shopping* tra tale

³⁰⁰ I. Anro, *Il parere 2/13 della Corte di Giustizia sull’adesione dell’Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s’ha da fare?*, in www.diritticomparati.it, 2 febbraio 2015 richiamando, sul punto, L. S. Rossi, *Il Parere 2/13 della CGUE sull’adesione dell’UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/>;

³⁰¹ Il Protocollo n. 16, non in vigore, prevede un meccanismo di pareri consultivi della Corte europea dei diritti dell’uomo. Come visto *supra*, tale Protocollo fa seguito a precedenti iniziative che, per diverse ragioni, non hanno mai attribuito un reale potere consultivo alla predetta Corte. Con il Protocollo 16, invece, si autorizzano le più alte giurisdizioni degli Stati membri a rivolgere alla Corte domande di pareri consultivi in merito a questioni di principio relative alla interpretazione o all’applicazione dei diritti garantiti dalla CEDU ed ai suoi protocolli. Come chiarisce la Corte nelle sue osservazioni al n.197 del parere, l’accordo in parola non prevede l’adesione dell’Unione Europea, anche perché lo stesso è stato firmato successivamente alla

procedura e il rinvio pregiudiziale, con il rischio di elusione di tale ultima procedura, “chiave di volta”, secondo la Corte di Lussemburgo, del sistema giurisdizionale e istituzionale dell’Unione. Infatti, nel momento in cui la CEDU, per effetto dell’adesione, diventasse parte integrante del diritto dell’UE ex art. 216, par. 2 TFUE, un quesito alla Corte EDU con riferimento all’interpretazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla CEDU potrebbe, in linea di principio, sostituire il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (196-197).

In realtà, appare chiaro come i due strumenti abbiano ambiti di applicazione e meccanismi di funzionamento molto diversi: il parere ex Protocollo 16 può essere richiesto solo dalle più alte giurisdizioni, mentre il rinvio pregiudiziale è accessibile a tutti gli organi giurisdizionali nazionali. Mentre il rinvio alla Corte di Strasburgo investe l’interpretazione di previsioni con finalità di carattere generale, il rinvio pregiudiziale è diretto alla soluzione di un caso concreto.

Eppure, secondo la Corte, poiché non vi è alcuna norma specifica che chiarisca i rapporti tra la richiesta di parere ex Protocollo 16 ed il rinvio pregiudiziale ex articolo 267 TFUE, l’accordo di adesione è idoneo a pregiudicare l’autonomia della procedura di rinvio pregiudiziale ed è quindi suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche del diritto dell’Unione e l’autonomia di quest’ultimo³⁰².

In realtà, come sottolineato dall’avvocato generale, il Protocollo 16 non può in alcun modo scalfire il vincolo ad effettuare il rinvio pregiudiziale per i giudici di ultima istanza ex art. 267 TFUE: ove la Commissione ritenesse che tale norma è stata violata per effetto del Protocollo 16, potrebbe sempre attivare una procedura di infrazione.

Il problema, pertanto, non sembra determinare alcun contrasto con l’ordinamento dell’Unione dal momento che dipende da un obbligo già vigente nell’ordinamento UE (art. 267 TFUE). Proprio sulla scorta di tali considerazioni,

data alla quale si è concluso il progetto di accordo sottoposto alla Corte. Quest’ultimo è del 25 aprile 2013 mentre il Protocollo 16 è stato firmato il 2 ottobre 2013.

³⁰² Non si comprende come il Progetto di accordo possa coordinare le due procedure, tanto più che il Protocollo 16 non solo non è stato ratificato da tutti gli Stati membri, ma conta unicamente un esiguo numero di firme e nessuna ratifica. Peraltro, non essendo prevista l’adesione a questo strumento nel Progetto di accordo, tale questione esula dalla richiesta di parere.

il richiamo al Protocollo 16 nelle censure della Corte è stato definito del tutto “pretestuoso” e fuori luogo³⁰³.

Ben si comprende come il parere della Corte di Giustizia ha gettato una grande incertezza sul futuro sviluppo dell’adesione europea alla CEDU che, da evento *certus an et incertus quando*³⁰⁴, sembra essersi trasformato in una variabile ipotetica.

La Corte, infatti, non si è limitata a censurare singoli aspetti del progetto di accordo da migliorare ma ne ha demolito l’intero impianto, rendendo difficile immaginare future modifiche che possano portare ad un giudizio positivo.

A tal proposito, vi è chi sostiene che i negoziatori torneranno al tavolo negoziale, pur consapevoli che “the Court’s agenda was driven by a desire to make accession if not impossible, but very difficult indeed”³⁰⁵. Si ipotizza quindi da più parti la riapertura dei negoziati, anche sulla base del fatto che la formulazione dell’art. 6, par. 2, del TUE, in un certo senso, “obbliga” l’Unione europea ad aderire alla CEDU³⁰⁶, ma con la consapevolezza che non è operazione di poco conto recepire tutte le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia.

Anche perché raccogliere tutte le proposte sollevate dalla Corte potrebbe portare ad un totale svuotamento del sistema di raccordo tra la Corti, posto che “un’adesione in conformità a quanto statuito nel parere non comporterebbe un efficace controllo esterno (...) dal momento che l’accordo ne risulterebbe disegnato in modo da mettere al riparo l’Unione (e soprattutto la Corte di Giustizia) da ogni serio intervento di Strasburgo. Peraltro, vi sarebbe un certo imbarazzo dei negoziatori a tornare al tavolo, soprattutto per quanto riguarda i

³⁰³ C. Zanghì, *La mancata adesione dell’Unione Europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di Giustizia UE* in *Rivista OIDU*, 2015, n. 1, pp. 139.

³⁰⁴ D. Fanciullo, *Il parere 2/13 della Corte di Giustizia, la novissima quaestio dell’adesione dell’Unione europea alla Cedu* in www.federalismi.it

³⁰⁵ T. Lock, *Oops! We did it again – the CJEU’s Opinion on EU Accession to the ECHR*, in <http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/#.VJPu2dDpDw>.

³⁰⁶ La locuzione del testo inglese “*shall adhere*” ha posto alcune perplessità in merito all’effettivo significato da attribuirsi a questa clausola posto che in inglese *shall* non implica un obbligo ma una possibilità. Ciò, tuttavia, appare smentito dalle traduzioni ufficiali del Trattato che in italiano recita “l’Unione aderirà alla Convenzione”, in francese “l’Union adhère à la Convention”, e in spagnolo “la Union se adherirá al Convenio”.

rappresentati dei paesi non membri, che già avevano dovuto accettare una serie di compromessi a favore dell'Unione europea"³⁰⁷.

Ancora, altri autori hanno interpretato il parere in termini "apocalittici" come "unmitigated disaster"³⁰⁸ e "a clear and present danger to human rights protection"³⁰⁹, aggiungendo che un'adesione secondo le modalità disegnate dalla Corte di Giustizia è tutt'altro che auspicabile.

Al di là delle varie soluzioni prospettate, tanto in termini di riapertura dei negoziati, quanto in termini di modifica dei trattati, sicuramente emerge una verità di fondo riconducibile principalmente al rapporto tra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo.

Appare lapalissiano che dietro la "sacrosanta" esigenza di salvaguardare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, richiamata *ad abundantiam* nell'argomentazione della corte, si celi la chiara mancanza di volontà della Corte di Giustizia di sottoporsi a qualsiasi forma di controllo "esterno" della Corte europea dei diritti dell'uomo su atti comunitari, anche in materia di diritti fondamentali³¹⁰.

Il vero ostacolo al perfezionamento del processo di adesione dell'Unione europea alla CEDU è da imputare primariamente ad una certa "resistenza" dei giudici europei da interferenze nella loro sfera di competenza.

Tuttavia, il paventato pericolo dell'adesione, seppur sicuramente cambiamento significativo dei rapporti tra le due Corti, non si deve tradurre necessariamente in forme di sottoposizione di Lussemburgo a Strasburgo, timore latente della Corte di Giustizia. Anzi, dovrà essere con assoluta priorità salvaguardato il delicato rapporto di equilibrio tra i due Giudici: "è necessario

³⁰⁷ I. Anro, *Il parere 2/13 della Corte di Giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, in www.diritticomparati.it, 2 febbraio 2015 richiamando, sul punto, S. Douglas-Scott, *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice* in <http://www.verfassungsblog.de/opinion-213-eu-accession-echr-christmas-bombshell-european-court-justice/#.VKvryuG-WA>

³⁰⁸ S. Peers, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, 18 dicembre 2014, in <http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ Tra i molti che hanno scritto sul tema si segnalano: Besselink L., *The European Union and the ECHR: from sovereign immunity in Bosphorus to full scrutiny under the reform treaty?*, in Borefijn I., Goldschmidt J., *Changing perceptions of sovereignty and human rights, essay in honour of Claes Flinterman*, Intersentia 2008, p. 295 ss.; Bultrini A., *La responsabilité des états membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH*, *Rev. Trim. droits de l'homme*, 2002 p. 5 ss.; Cannizzaro E., *Sulla responsabilità internazionale per condotte di stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2005 p. 762.

che tali rapporti restino *orizzontali*, «fondati su di una sorta di articolazione tra generale/speciale» e che non si trasformino, invece, in rapporti *verticali* o *gerarchici* che potrebbero invece favorire «(...) l'insorgere di difficoltà tra le due Corti, se non addirittura di veri e propri conflitti tra queste³¹¹».

In particolare, nell'ambito della materia sociale, sarà possibile evitare scontri tra le due giurisprudenze? La Corte EDU potrebbe assumere un ruolo di stimolo nei confronti della Corte di Giustizia, inducendola a mutare il proprio *modus operandi* nel bilanciamento degli interessi, in favore di una maggiore propensione alla tutela dei diritti sociali fondamentali? Alla luce di una interpretazione restrittiva del margine di apprezzamento nei confronti delle peculiarità (economiche) dell'Unione, casi quali *Viking* e *Laval* potrebbero essere risolti a favore dei diritti sociali invece che alla difesa del mercato comune?

La differente applicazione della teoria del margine di apprezzamento, con riguardo alle peculiarità del sistema Unione, possa favorire una maggiore garanzia dei diritti sociali da parte della Corte di Giustizia? Oppure la Corte Edu accetterà di svolgere un ruolo "minore" nei confronti del diritto dell'Unione, attraverso un'interpretazione del margine di apprezzamento che assimili la protezione delle libertà economiche fondamentali, ai valori cardine degli ordinamenti nazionali?³¹².

³¹¹ A. Tizzano, *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di Giustizia dell'UE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, n. 4, pp. 811-849. Lo stesso Giudice precisa che discutere in termini gerarchici potrebbe creare un "cercle inextricable de difficultés", nonché inviare messaggi ambigui e discordanti alle giurisdizioni degli Stati membri e, infine, nuocere agli interessi degli stessi cittadini. Inoltre, egli precisa che "se mai ci si incamminasse lungo questa via, si rischierebbe di restare prigionieri di un meccanismo perverso e senza soluzione, tanto più che ciascuna delle due Corti ha il suo proprio margine di apprezzamento e dispone dei mezzi per trascinare all'infinito un eventuale conflitto". In conclusione, lo stesso giudice sottolinea i vantaggi che l'adesione porterebbe ai futuri rapporti tra le due supreme corti europee, sempre che questi siano di cooperazione e complementarietà e non, invece, di gerarchia (p. 51). A. Tizzano, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, n. 1, pag 50.

³¹² Alla luce di quanto detto si deve ricordare la sostanziale differenza tra la teoria del margine di apprezzamento (nello specifico ambito del riconoscimento dei diritti sociali) e il test di proporzionalità comunitario (inteso qui dal punto di vista del bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali), posto che le due Corti svolgono ruoli ed hanno ambiti di competenza nettamente differenti.

Infatti, il margine di apprezzamento statale si atteggia quale spazio di libertà di manovra concesso agli Stati parte della Convenzione, rispetto alla tutela dei diritti umani, laddove esistano esigenze rilevanti, motivate e giustificate, tali per cui la compressione dei diritti fondamentali risulti secondaria rispetto all'interesse generale statale che si vuole difendere.

“Le incertezze su come gestire la tutela dei diritti fondamentali sono ancora molto forti e tutte le criticità attualmente riscontrabili, soprattutto in tema di rapporti tra corti, non sembrano per il momento trovare alcuna soluzione. È indispensabile, quindi, agire con cautela per far sì che le modalità dell’adesione siano attentamente (ri)valutate dagli organi competenti, non soltanto per scrivere, finalmente, la parola “fine” all’ultimo, attesissimo, capitolo di questa vicenda ma, soprattutto, per evitare ripercussioni negative sulla credibilità stessa delle due Corti e sul sistema generale di tutela dei diritti fondamentali in Europa”³¹³.

2. Dumping sociale *tra tutela dei diritti e istanze dei Paesi newcomers*

Lo sbilanciamento tra diritti sociali del lavoratore e libertà economiche fondamentali dell’Unione non limita i suoi effetti a considerazioni di natura strettamente giuridica, ma irrompe anche nel tessuto economico della stessa Unione, poiché ostacolare la diretta affermazione dei diritti sindacali in Europa, e appiattirli a semplici limiti alle libertà economiche, potrebbe tradursi in una asimmetria della *Drittwirkung* dei contrapposti diritti in gioco e sfociare in pericolose situazioni di *dumping* sociale, vista la differenza di tutela del lavoro nei singoli Stati³¹⁴.

Con tale espressione si fa riferimento al fenomeno secondo il quale un sistema normativo meno protezionista induce datori di lavoro a preferire, per convenienza, personale proveniente da Paesi nei quali il costo della mano d’opera sia inferiore, rispetto a lavoratori nazionali il cui costo salariale sia

La teoria del margine di apprezzamento serve, pertanto, a risolvere le ipotesi di conflitto in cui il diritto tutelato dalla Cedu deve essere modulato rispetto alla garanzia di interessi statali concorrenti. La Convenzione, quindi, continuamente modellata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, deve essere “letta alla luce delle concezioni prevalenti ai nostri giorni negli ordinamenti democratici” (Sentenza della Corte Edu *Von Der Musselle v. Belgio*).

Il test di proporzionalità comunitario è, invece, un test utilizzato per verificare se le deroghe statali nei confronti del diritto dell’Unione, trovino una giustificazione che non comprometta, in ultima analisi, la salvaguardia delle finalità dell’Unione stessa, *in primis* il mercato comune. Per cui, mentre nel caso del margine di apprezzamento la deroga è ammessa laddove essa non leda in modo discriminatorio un diritto fondamentale, nel caso del test di proporzionalità essa è ammessa qualora non pregiudichi il diritto dell’Unione.

³¹³ D. Fanciullo, *Il parere 2/13 della Corte di Giustizia, la novissima quaestio dell’adesione dell’Unione europea alla Cedu* in www.federalismi.it

³¹⁴ G. Bronzini, *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, in S. Borrelli, A. Guazzarotti, S. Lorenzon, (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Napoli, 2012, pag. 18.

maggiore, perché la normativa interna più garantista dei loro diritti incide notevolmente sulla retribuzione; o addirittura induca l'impresa a produrre in Paesi con costi della manodopera più bassi.

Questo risparmio di costi permette ai datori che distaccano i lavoratori o che spostano la loro attività presso Paesi caratterizzati da normative sul lavoro più blande e, quindi, con minore incidenza sul costo finale del prodotto, di essere più competitivi sul mercato e di vendere i propri prodotti a prezzi più convenienti.

Il fenomeno, che compromette la situazione occupazionale dei lavoratori nazionali e provoca una distorsione del livello di protezione accordato ai lavoratori tra i vari Stati, viene spesso avvertito dalle azioni dei sindacati, attraverso l'impiego di diversi strumenti collettivi, tra cui lo sciopero.

Gli sviluppi giurisprudenziali della Corte rischiano di avallare la possibilità che si producano tali effetti nella misura in cui riconoscono il lavoro come una "merce" qualsiasi, rientrando a pieno nel principio di concorrenza di merci e servizi³¹⁵.

Ciò significa ammettere la concorrenza tra la tutela del lavoro offerta dai diversi sistemi giuridici (cd. *law shopping*) e, quindi, legittimare il *dumping* sociale quale fattore che può influenzare le scelte degli operatori economici. Così facendo, si impedisce la formazione di uno *ius commune* sociale europeo, vanificando il "perseguimento del progresso e della coesione sociale" di cui al Trattato UE³¹⁶.

Una considerazione politica che non può essere tralasciata riguarda il processo di allargamento dell'Unione europea e le istanze dei Paesi di nuova adesione, cd. *newcomers*.

Il processo di inclusione di nuovi Stati membri, avvenuto nell'ultimo decennio, mostra diversi difetti: "gestito improvvidamente, senza la

³¹⁵ B. Veneziani, *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 259 ss; G. Orlandini, *Riflessioni a margine del dibattito sui diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, p. 75 s., richiama il concetto di "compatibilità subalterna" tra diritti sociali e mercato".

³¹⁶ G. Bronzini, *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, in S. Borrelli, A. Guazzarotti, S. Lorenzon, (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Napoli, 2012, pag. 18.

Si veda anche S. Giubboni, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco e ed esercizio di libertà comunitarie*, 2008, in [www. Europeanrights.eu](http://www.Europeanrights.eu); M. Pallini, *Law Shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *Riv. Giur. Lav.* 2008, II, pag. 3 ss.

predisposizione di una adeguata rete di protezione in grado di evitare i contraccolpi sociali che l'unificazione dei mercati avrebbe prodotto sui consolidati sistemi di *welfare*, faticosamente conquistati da sindacati e lavoratori degli Stati membri più sviluppati nel corso di un cinquantennio”³¹⁷.

A ciò bisogna aggiungere il fatto che molti di questi Paesi si stiano volutamente avvantaggiando degli effetti di *dumping* provocati dalle sentenze della Corte, per alcuni, addirittura motivo principale di adesione all'Unione.

Gli effetti derivanti dall'insieme di principi definiti dalla Corte nelle quattro sentenze, trovano, infatti, il consenso dei Paesi *newcomers*.

I prestatori di servizi di tali Paesi, infatti, sono fortemente interessati a godere per il maggior tempo possibile della situazione vantaggiosa prodotta dalla Direttiva n. 96/71, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte, nonché dalle limitazioni che la Corte ha imposto all'azione collettiva finalizzata ad ottenere contratti collettivi che prevedano migliori condizioni di lavoro.

In questi Stati infatti, è vigente un sistema di tutele del lavoro non comparabili con quelle operanti nella “vecchia Europa”.

La situazione di *dumping sociale* che la Corte di Giustizia condanna ma nelle sue sentenze, in concreto, ammette, rappresenta un'occasione “ghiotta” per i nuovi Paesi dell'Unione Europea interessati a continuare a sfruttare questa situazione al fine di vincere la concorrenza delle imprese autoctone, come reso evidente dal caso *Laval*.

Sono stati proprio “i differenziali di costo del lavoro (e più in generale dei costi interni del *welfare state*) e l'aspettativa di poter godere dei conseguenti vantaggi competitivi ad avere costituito per questi Stati una delle motivazioni più forti ad entrare nella Comunità, nonostante le molte sofferenze economiche imposte loro come condizione per l'accesso”³¹⁸.

Il caso *Viking* ci mostra un'ulteriore manifestazione di *law shopping*, direttamente collegato alle politiche di delocalizzazione, che incidono

³¹⁷ J. Antoine, *Le sentenze Viking, Laval e Rüffert: come e perché dovrebbero essere riformate*, A. Vimercati, *op. cit.*, pag. 159 ss; A. Zoppoli, *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero l'autonomia collettiva negata)*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2008, p. 159 ss.;

³¹⁸ Cfr. A. Lo Faro *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e diritto*, 2008 pag. 63; De Salvia, *Non c'è due senza tre: la Corte di Giustizia nel caso Rüffert*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, II, 2008, pag. 14-15; A. Lassandari, *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in *Working Papers CSDLE 'Massimo D'Antona'*, INT 2005 n. 25, richiamati nella lucida analisi di U. Carabelli.

fortemente nel mercato dei servizi e che stanno dilagando tra gli Stati membri “dall’economia più avanzata”.

Ci si riferisce alla prassi di spostare la sede giuridica delle imprese negli Stati *newcomers*, o istituirvi filiali, per assumere *in loco* lavoratori da utilizzare poi tramite distacco, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, nello stesso Stato originario o in altri Stati membri più ricchi e sviluppati.

Questa strategia, che abilmente “sfrutta” le maglie troppo larghe offerte da una sapiente combinazione di libertà di stabilimento e libertà di circolazione dei servizi, consente a questi operatori economici, e quindi agli Stati a cui gli stessi appartengono, di operare con costi del lavoro notevolmente ridotti e offrire servizi vantaggiosi in tutto il territorio della Comunità.

Si tratta di strategie che possono mettere in crisi le tutele sociali dell’intera Unione europea, a danno enorme soprattutto dei lavoratori degli Stati membri più sviluppati³¹⁹.

Secondo la dottrina più attenta³²⁰, sarebbe auspicabile una modifica della direttiva 96/71, che, sulla base del principio della *lex loci laboris*, ribaltasse l’orientamento della Corte di Giustizia e riconoscesse, anche nel caso di libera circolazione dei servizi, ai lavoratori distaccati dal prestatore di servizi avente sede in uno Stato membro sul territorio di altro Stato membro, le medesime condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori dipendenti dalle imprese locali, in applicazione del principio della parità di trattamento.

Secondo una’altra proposta di modifica, invece, sarebbe opportuno chiarire che le condizioni di lavoro ed occupazione fissate da discipline legislative, regolamentari e contrattuali interne estese dallo Stato membro ai lavoratori distaccati in attuazione dell’art. 3.1 nelle materie da esso previste, costituiscono minimi *migliorabili* dalla contrattazione collettiva ed individuale nel

³¹⁹ In proposito appare significativo il rilievo dato a questo aspetto dalla Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno. Nel *Considerandum* n. 37, infatti, si afferma che “lo stabilimento non deve necessariamente assumere la forma di una filiale, succursale o rappresentanza, ma può consistere in un ufficio gestito dal personale del prestatore o da una persona indipendente ma autorizzata ad agire su base permanente per conto dell’impresa, come nel caso di una rappresentanza”, precisandosi peraltro altresì che “secondo questa definizione, che comporta l’esercizio effettivo di un’attività economica nel luogo di stabilimento del prestatore di servizi, una semplice casella postale *non costituisce* uno stabilimento”.

³²⁰ U. Carabelli, *op. cit.*, 2011. Ciò servirebbe (evidentemente in una prospettiva di lungo periodo) a spingere la concorrenza tra le imprese europee a fondarsi non sul piano del costo del lavoro ma su quello della qualità (investimenti in tecnologia, organizzazione, etc.).

Paese d'accoglienza, ferma restando, altresì, la conservazione dei trattamenti di miglior favore goduti nel Paese di provenienza.

Sarebbe ragionevole anche l'eliminazione del riferimento all'*ordine pubblico* di cui all'art. 3 della direttiva, in modo da estendere le condizioni di lavoro ed occupazione previste in materie *ulteriori* rispetto a quelle della stessa disposizione.

Tuttavia, nemmeno le modifiche della direttiva sui distacchi nel modo che si è visto colmerebbero i problemi relativi al diritto di sciopero e alla libertà di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva, formalmente estranei alla direttiva ma nella prassi interessate dagli effetti della stessa, come dimostrano le numerosi questioni del caso *Laval e Viking*.

Altre soluzioni, quindi, dovranno essere ricercate per cacciare via dall'Europa il "fantasma" del *dumping sociale* e dare vita ad un'Europa espressione di giusto riequilibrio e sana equiparazione dei trattamenti dei suoi lavoratori.

3. I diritti sociali in tempo di crisi globale

Va ora fatto cenno al rapporto e, quindi, alle interferenze, tra i diritti sociali e la crisi economica globale. L'argomento, direttamente collegato a quanto si è fin ora detto, rappresenta indubbiamente uno dei maggiori "temi caldi" del dibattito dottrinario in materia³²¹ e offre spunti interessanti e inevitabili interferenze tra diritto e economia.

³²¹ Di recente, fra gli altri, cfr. anche D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello fra tutele giuridiche e crisi economica*, G. Razzano, *Lo 'statuto' costituzionale dei diritti sociali* e L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, tutti in *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Atti Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" (Trapani, 8-9 giugno 2012), in www.gruppodipisa.it. Si veda G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quad. cost.*, 2012, pag. 1; L. Fantacci – A. Papetti, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, in costituzionalismo.it; I. Ciolli, *I diritti sociali*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli, 2012; A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 1, pag. 79; D.U. Galletta, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Tr. Di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 5-6, pag. 1175; R. Calvano, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in costituzionalismo.it; P. Piciocchi, *I recenti orientamenti della giurisprudenza comunitaria in materia di politiche sociali*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2011, 2, 578; D. Thym – M. Wendel, *Préserver le respect du droit dans la crise: la cour de justice, le Mes et le mythe du déclin de la communauté de droit*, in *Cahiers de droit européen*, 2012, 3, pag. 733; O. Porchia, *Il ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella*

Il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali, infatti, non avviene in un ambiente asettico, di tipo strettamente giuridico, ma influenzato da valutazioni economiche, che agiscono a livello dell'ordinamento interno, comunitario e sovranazionale e ridisegnano continuamente nuovi confini per un modello sociale europeo che è ancora *in progress*.

In un momento di crisi globale, che sia ciclica o sistemica, si parte dall'assunto, come si vedrà non sempre condiviso, secondo il quale i diritti sociali, più degli *altri* diritti, soffrono la crisi economica: gli Stati, legittimati dalla condizione di emergenza economica, sono costretti a scelte che sacrificano questi diritti e le loro tutele.

Tra tutti, il diritto alla previdenza, la tutela della salute e dell'occupazione hanno maggiormente risentito di questa contrazione.

Tale restrizione non sempre appare in linea né con la nostra Costituzione, che colloca nel diritto al lavoro e nel superamento degli ostacoli all'uguaglianza il suo fondamento, né tantomeno con l'obiettivo di coesione sociale perseguito, in astratto, dall'Unione, che deve confrontarsi con le dinamiche del mercato economico globale al pari degli Stati membri.

L'assunto di cui si parla, ovvero quello di un maggior costo dei diritti sociali rispetto ai classici diritti di libertà è, a ben vedere, un falso problema. Ciò perché ormai può considerarsi superata quella "specificità" dei diritti sociali, che pure ne costituiva un attributo peculiare, che oggi ricomprendono al loro interno sia tipici diritti di prestazione, espressione del principio dell'uguaglianza sostanziale, sia i classici diritti di libertà e partecipazione, espressione del principio di uguaglianza formale.

I diritti sociali appaiono oggi ridisegnati, quindi, non solo nei loro contenuti, ma anche per quanto riguarda la sfera dei soggetti beneficiari: non più deboli o svantaggiati, ma tutti i consociati³²².

Ciò porta a due considerazioni: da un lato, "a ben vedere "tutti" i diritti inviolabili sono *sociali*, per il (loro) riverbero intrinsecamente pluralista e

governante economica europea, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, 3, pag. 593; J. Sarrion Esteve, *Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, in *Revista de derecho político*, 2011, pag. 379.

³²² Giorgis A., voce *Diritti sociali*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. III, Milano 2006, pag. 1903

naturalmente relazionale”³²³ e dall’altro, così come “ci sono diritti sociali che *non* necessariamente esigono prestazioni per l’attuazione del loro contenuto (riposo, pari opportunità, non discriminazione, dei consumatori, dei piccoli risparmiatori, ecc.)” ci sono “in modo speculare, diritti fondamentali classici *non sociali*, che invece richiedono una prestazione”³²⁴.

Quindi, tutti i diritti possono comportare dei costi a carico dello Stato, pure quelli che sembrano esaurirsi nel riconoscimento al singolo di una mera *facultas agendi*³²⁵.

Se si supera l’impostazione tradizionale, e si considerano tutti i diritti sociali come fondamentali, ossia inviolabili, e parimenti tutti i diritti fondamentali come sociali, ossia direttamente o indirettamente costosi, è facile intuire come all’inevitabile espansione dei diritti sociali fa da contraccolpo la limitatezza delle *risorse naturali ed economiche, tutt’altro che infinite*³²⁶.

E i diritti sociali, più degli altri, di fronte a questa penuria di risorse, sono destinati a soccombere perché espressione concreta dell’imperfezione del lungo processo di integrazione europea: l’Unione, seppure in grado di operare un’ampia redistribuzione “territoriale” di aiuti finanziari (c.d. politiche di coesione sociale), gestiti da Stati e Regioni, non è mai riuscita a costruire un vero sistema di attribuzione “individuale” di diritti sociali.

Queste considerazioni hanno indotto alcuni a ritenere che la crisi che ha colpito euro, debito sovrano ed economia reale di molti Paesi membri dell’Unione non sia contrastabile in modo efficace solamente attraverso adeguate politiche economiche, perché collegata ad una più profonda crisi costituzionale dell’Eurozona, dell’Unione Europea e di numerosi Stati membri, che mette a repentaglio la stessa sopravvivenza dell’integrazione europea³²⁷.

³²³ Spadaro A., *op.cit.*, pag. 3

³²⁴ A. Spadaro, *op. cit.*, pag. 5

³²⁵ L’autore richiama, tra questi la libertà di domicilio che necessariamente richiede l’attuazione del diritto alla casa; parimenti la libertà di manifestazione del pensiero, se e quando esercitata attraverso i mezzi di comunicazione di massa tradizionali, comporta un minimo di costo e comunque resta vuota senza il diritto all’istruzione e all’informazione. A. Spadaro, *op. cit.*, pag. 4.

³²⁶ *Ibidem*

³²⁷ “Quando la crisi è esplosa, gli equilibri, già resi fragili dalla grande trasformazione, tra democrazia, mercato e coesione sociale sono saltati. In molti Paesi europei il mercato non è più riuscito a produrre ricchezza sufficiente per assicurare un benessere economico diffuso e a sostenere i costi della democrazia e dello stato sociale [...] Con l’esplosione della crisi in Europa, questi fenomeni si sono accentuati, perché essa ha aggravato il malessere sociale e il

A conferma di questo percorso incompleto, si pone l'anomalia di "una moneta unica senza una vera politica economico-finanziaria e fiscale comune (cosa che ha riverberi drammatici sulla "sostenibilità" per tutti proprio dei diritti sociali)³²⁸" e il riconoscimento parziale dei diritti sociali stessi da parte di alcuni Stati membri, attraverso la c.d. clausola di *opting out*.

Entrambi questi fattori sono lo specchio di "una contrapposizione pericolosa e semplicistica fra due modelli entrambi inesistenti nella loro purezza: un'Europa *dei mercanti* e un'Europa *sociale*, col rischio che l'intero progetto politico dell'Unione Europea – imperfetto e gradualistico, ma unico ed esemplare nel quadro degli ordinamenti contemporanei – venga messo in crisi"³²⁹.

E' dato ormai tristemente acquisito che la semplice declamazione dei diritti sociali non è di per sé garanzia della loro attuazione. Anzi, perché questi trovino concreta attuazione non basta più nemmeno avere "all'inizio e in astratto la disponibilità economica per soddisfarli (*sostenibilità*); occorre che i legislatori, nazionali e comunitari, svolgano precise indagini e ricerche sugli effetti "nel tempo" delle normative che intendono adottare – c.d. analisi dell'impatto economico del diritto – senza le quali non v'è una reale *fattibilità* pratica. Dalla soddisfazione di tale complesso requisito (*fattibilità ex ante* ed *ex post*) e da un buon *rafting* legislativo – ossia dalla chiarezza delle procedure con cui il cittadino può far valere la propria situazione giuridica attiva – dipende l'*esigibilità* e, quindi, la *giustiziabilità*, dei diritti sociali, oggi in Europa"³³⁰.

Esigibilità dei diritti che non riguarda più soltanto il singolo Paese, ma si propaga anche all'esterno, se si pensa che il rispetto dei diritti sociali comporta quasi sempre un aggravio di costi sia per il pubblico che per i privati (imprese) e questo, paradossalmente, finisce per sfavorire gli ordinamenti socialmente più avanzati e maggiormente protettivi del diritto del lavoro e dei lavoratori: per evitare disuguaglianze inconcepibili in un ordinamento integrato e per scongiurare qualsiasi rischio di *dumping sociale*, emerge con vigore lo

senso di insicurezza, che, a lungo andare, ha prodotto uno stato di angoscia diffuso." R. Bin, P. Caretti, G. Petruzzella, *op. cit.* pag. 340.

³²⁸ *Ibidem*, pag. 7.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ *Ibidem*.

stringente bisogno di una *tutela internazionale effettiva ed uniforme* dei diritti sociali.

A questo punto, occorrono due precisazioni. La prima: la nozione di *sostenibilità* di un diritto sociale, soprattutto un diritto cd. di prestazione può essere definito come l'equivalente "economico" del concetto di *ragionevolezza* in campo "giuridico". La seconda: caratteristica fondamentale e intrinseca dell'aspetto "relazionale" di qualsiasi diritto, a *fortiori* sociale, è proprio la sua attitudine ad entrare in conflitto con altri diritti e quindi essere bilanciato con quest'ultimi.

Ma è proprio nel caso dei diritti sociali che tale operazione ermeneutica appare "*inequale*, perché il fine (i diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica)"³³¹.

Ancora una volta, questi sono gli effetti di una politica finanziaria europea "scollata" dalla politica economica degli Stati membri e dell'assenza di un modello sociale europeo "federale" comune e solidale, caratterizzato sia da equità sociale che da equilibrio di bilancio.

Di fronte ad una crisi globale ormai per i più "sistemica" la tenuta del modello sociale europeo appare attaccata su più fronti.

Da un lato, l'inevitabile compressione dei costi "sociali" gravanti sugli Stati; dall'altro si afferma la necessità di un indebolimento delle tutele e dei diritti individuali e collettivi, in nome di esigenze di flessibilità del lavoro e del mercato del lavoro, funzionali a ridare vigore alla competitività delle imprese allo scopo di accelerare e rendere duratura la ripresa economica³³².

Di fronte a questo scenario, le risposte europee appaiono molto deboli e poco risolutive: l'Unione per certi versi sembra avere riposto principalmente la sua fiducia principalmente sul carattere nazionale degli strumenti di contenimento della crisi, attraverso strategie e misure di risanamento e di

³³¹ Cfr. M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, I, Padova 1995; Fontana G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Torino 2008.

³³² Si vedano: L. Fantacci, A. Papetti, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, in *costituzionalismo.it*; F. Allemand, F. Martucci, *La nouvelle governance économique européenne*, in *Cahiers de droit européen*, 2012, pag. 409; R. Dickmann, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *federalismi.it*, 4/2012; G. Della Cananea, *Lex fiscalis Europea*, in *Quad. cost.*, 2014, 1; I. Ciolli, *I diritti sociali*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli, 2012; L. Perfetti, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, pag. 1; G. Razzano, *Lo "Statuto" costituzionale dei diritti sociali*, in www.gruppodipisa.it

aggiustamento dei sistemi interni che caldeggiano, nei fatti, inviti a ridimensionare il modello sociale europeo e a sposare moderne idee di Stato “snello” e “sussidiario” (*État subsidiaire, SubsidiaritätStaat*), dove pur di ridurre il peso dell’apparato statale (e del relativo “debito” pubblico), si dà spazio al *privato* e al *locale*, rispettivamente secondo i principi di sussidiarietà orizzontale e verticale.

L’introduzione nei documenti UE (a cominciare dall’art. 37 della Carta di Nizza), di formule non certo “di stile” come quella di “sviluppo sostenibile” esprime “la finitezza delle risorse naturali di fronte all’apparente infinitezza delle istanze di diritto, [...] formule, concetti e approcci senz’altro intelligenti e saggi, ma volti a “indorare la pillola” amara di *una riduzione quasi obbligata*, [...] programmata e graduale, dei diritti sociali”.

Inevitabile che il problema non oltrepassi la dimensione delle politiche sociali dell’Unione e imponga un ripensamento dell’attuale “forma politica” dell’Unione Europea, che, soprattutto in momenti di crisi e di fibrillazione, mostra tutti i suoi difetti.

Quel processo di integrazione “monco e settoriale”, che predilige alcuni versanti del sistema economico e giuridico europeo e ne sottovaluta altri, che attua una politica sociale tendenzialmente “integrata” ma non la incrocia mai con una dimensione comune delle politiche economiche, fiscali e finanziarie, che risposta forte può mai dare alla crisi?

In assenza di simili condizioni, il modello sociale europeo è messo sotto pressione sia nella sua dimensione sovranazionale, sia nei singoli assetti nazionali, secondo un processo di indebolimento ‘a cascata’.

Trovare una soluzione a tutti i mali è estremamente difficile. Ma indubbiamente l’Unione per superare i problemi attuali, e sono solo sociali, ha bisogno di un serio apparato di *governance* economico-finanziaria, che si prenda la responsabilità di affrontare “temi caldi”, e si strutturi di istituzioni politiche rappresentative e funzionanti³³³.

Detto in altri termini, si manifesta l’esigenza di un’Unione compiuta, che vada oltre la sola moneta comune, da sola non in grado di mettere al riparo da devastanti fenomeni di crisi, come i fatti dimostrano.

³³³ Si vedano le critiche dal punto di vista “democratico” di J. Habermas in *L’Europa dei cittadini, più democrazia, meno mercati finanziari*, in www.resetonline.it

“Diversamente, nel succedersi di turbolenze economico-finanziarie sempre più virulenti, è inevitabile che i costi più dolorosi si scarichino sui livelli degli *standard sociali*”³³⁴.

³³⁴ G. Ricci, *La costruzione giuridica del modello sociale europea (con una postilla sull'MSE al tempo della crisi globale)* in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2011, n. 88.
AA.VV. *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?* A cura di P. Gargiulo, Napoli, 2011.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

*Non so dire in verità se la situazione sarà migliore quando cambierà;
posso dire che deve cambiare se si vuole che sia migliore*

Georg Christoph Lichtenberg

È oramai un dato di fatto la crescente centralità che le Corti internazionali, specialmente la Corte di Giustizia dell'Unione europea, hanno acquisito in materia di definizione dei diritti fondamentali, soprattutto di quelli *sociali*.

Nel caso del Giudice europeo, si tratta di un ruolo che non può essere più esclusivamente relegato alla mera garanzia processuale, ma che vale a configurare nuove forme dello stesso diritto e agisce direttamente sulle politiche economiche e sociali, "usurpando" un ruolo tradizionalmente politico.

In un processo "capovolto" dove le istituzioni politiche dell'Unione hanno preferito recepire ossequiosamente gli itinerari della Corte, forse per debolezza, forse per astuta convenienza, si è di fronte ad un legislatore che domanda al giudice la conformazione del diritto, per garantire un sistema effettivo di protezione dei diritti.

La giurisprudenza "incriminata", oggetto di questo studio ci ha mostrato una Corte di Giustizia proiettata a relegare i diritti sociali in angusti angoli, per renderli docili e il meno possibile pericolosi per gli equilibri di mercato e che ci ricorda che lo scopo dell'integrazione è, prima di tutto, economico.

Ma non dobbiamo scordare che la Corte di Giustizia, nella sua pluridecennale esperienza, ha dimostrato, tante volte, di essere anche *Giudice dei diritti*, in senso favorevole alla loro affermazione.

Lo sviluppo del diritto europeo infatti, si è fin da subito mostrato come un *jude made system*. La Corte di Giustizia ha esercitato un ruolo *essenziale* nel processo di integrazione, approntando tutela giurisdizionale ai diritti fondamentali anche nel silenzio dei Trattati, supplendo alla mancanza di norme "costituzionali" in materia ha illuminato il legislatore nella predisposizione della Carta di diritti fondamentali dell'Unione Europea, che, di fatto, cristallizza molta parte dell'attività ermeneutica compiuta dalla Corte.

Che *ppure* non nasce per essere certo un giudice dei diritti, ma la cui competenza in materia, oggi, è equiparabile a quella delle altre Corti dei diritti, nazionali e sovranazionali. La Corte di Giustizia, seppur seguendo percorsi non sempre univoci, è stata la migliore interprete di un processo di integrazione europea che si è dimostrato orientato anche ai diritti fondamentali e non sempre e solo al mercato.

Sicuramente la giurisprudenza in tema di sciopero e contrattazione collettiva rappresenta una “battuta d’arresto” di questa tradizione.

L’integrazione dell’Europa, non più soltanto economica, monetaria o di mercato, può continuare a essere rimessa alla sensibilità interpretativa dei suoi giudici?

Il modello europeo deve essere quello dell’*Europa dei giudici*, oppure quello di un’*Europa politica e sociale*? Quest’ultimo modello dovrebbe privilegiare i giudici come garanti dei diritti, ma rimettere alle competenti sedi (politiche) e alle forze sociali il potere di individuazione dei diritti e la difficile scelta del loro bilanciamento.

La Carta dell’Unione europea e la forza vincolante che la stessa ha acquisito per effetto del Trattato di Lisbona, nella misura in cui disciplina materie “costituzionali”, potrebbe fornire una solida base normativa ai giudici, un parametro interpretativo di cui in effetti prima erano sforniti³³⁵.

³³⁵ La Carta, secondo parte della dottrina, introducendo un catalogo di diritti che l’Unione e gli Stati membri sono tenuti a rispettare e promuovere, produce l’effetto di “attenuare” il *deficit democratico* dell’Unione europea, da sempre additato come il “tallone d’Achille” del processo di integrazione.

E’ stato sottolineato da alcuni autori come tale *deficit*, non sia una casualità del processo di integrazione europeo, ma costituisca una precisa e netta scelta progettuale da parte dei fondatori. Il quadro storico in cui si colloca la nascita dell’Unione, durante la Guerra Fredda, aveva quasi imposto la “prevalenza della tecnocrazia sulla democrazia” come “garanzia di buon governo del mercato e di successo nell’organizzazione comune, essendo capace di sterilizzare le divisioni politiche che avevano dilaniato (e continuavano a dilaniare l’Europa, dentro e fuori gli Stati nazionali.” Secondo tale visione, “l’economia di mercato è un mondo magico, paradiso delle astrazioni, in cui il consumatore e il produttore si scambiano beni mediante il meccanismo dei prezzi, e il perfetto equilibrio dei salari è prodotto dallo scambio tra domanda e offerta di lavoro. Da questo mondo – dice l’ideologia del mercato – è bene che la politica si tenga fuori, limitandosi a combattere le esternalità negative che possono rompere la magia degli scambi. [...]. *Da questo punto di vista, il deficit democratico ha rappresentato una premessa necessaria del buon funzionamento del sistema*: la regolazione del mercato e della concorrenza devono essere affidate ad autorità sottratte al principio democratico, che non dipendano dal voto e dalla maggioranza, che non abbiano obiettivi politici [...].

Tuttavia, in Europa la politica e la democrazia non sono istanze sopprimibili. Si spiegano così gli innegabili progressi che, sul punto qui in discussione, sono stati compiuti attraverso il succedersi dei vari trattati europei fino al Trattato di Lisbona: dall’affermazione del principio della democrazia rappresentativa quale principio guida dell’attività dell’Unione; all’introduzione

Ma si è già detto dei limiti di questo *Bills of Right* che all'articolo 53 prevede che nessuna sua disposizione può essere interpretata "come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, *nel rispettivo ambito di applicazione*, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni nazionali". Il riferimento al *rispettivo ambito* di applicazione lascia presumere che saranno *altre* le fonti chiamate a dettare il livello minimo di protezione dei diritti fondamentali.

La Carta non contiene una relazione gerarchica tra principi e valori costituzionali; non propone una scala di valori; non compie specifici bilanciamenti tra questi; non indica, per ciascun diritto, quali limiti possano essere apposti al suo esercizio, non contiene norme del tenore del nostro art. 41 della Costituzione, per esempio.

Le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà, che la Carta ammette, in generale, se previste dalla "legge" nel rispetto del loro "contenuto essenziale" e in base al principio di proporzionalità (art. 52), finiscono, nei fatti, ad assegnare *nuovamente* alla Corte il compito decisivo di determinare i confini di questi diritti in base ad un giudizio "elastico" di proporzionalità che, come si è visto, non sempre costituisce garanzia di effettività per i diritti, quando questi si misurano con le libertà economiche.

Il principio di proporzionalità acquisisce funzione centrale nella stessa evoluzione della giurisprudenza comunitaria, è canone atto a definire il grado di "elasticità" e di derogabilità delle norme che tutelano diritti e principi

della cittadinanza europea (con tutti i suoi limiti); alla valorizzazione del Consiglio d'Europa (ora istituzione dell'Unione) quale organo di indirizzo politico; alla progressiva estensione del ruolo del Parlamento europeo in veste di colegislatore; alla configurazione dei rapporti tra Parlamento europeo e Commissione in termini non dissimili da quelli propri del rapporto tra parlamenti e governi nazionali; al coinvolgimento delle assemblee elettive nazionali nei processi decisionali dell'Unione; all'adozione di una Carta dei diritti con lo stesso valore dei Trattati, sono tutti indici di una progressiva politicizzazione dell'Unione".

Aggiungono, infine, gli autori come "il problema più sopra evocato persista ancora. [...] Nelle istituzioni dell'Europa manca del tutto il conflitto sociale, cioè il cuore stesso del costituzionalismo del Novecento, nonostante l'esistenza di una pletera di comitati che dovrebbero rappresentare tutti gli interessi in campo. L'attribuzione della regolazione del mercato a istituzioni tecnocratiche fa sì che il dibattito parlamentare abbia poca capacità di affrontare i conflitti che in Europa pure affiorano ed esplodono. Quella che ancora viene percepita come prioritaria è la dimensione del conflitto di interessi tra gli *Stati membri* anziché di quello tra le *componenti sociali*". R. Bin, P. Caretti, G. Pitruzzella, *op. cit.* pag. 350 e ss.

fondamentali, sia che questi attengano ai diritti sociali e del lavoro, sia che questi riguardino le libertà di mercato.

E quindi si può affermare, senza sbilanciarsi troppo, che dalla concreta applicazione (pretoria) di tale principio dipende il rapporto nell'ordinamento comunitario tra ragione economica e diritti sociali.

“È chiaro come il perno centrale di questa forma di integrazione siano, ancora una volta, i giudici. Per riprendere un'espressione usata da Silvana Sciarra³³⁶, “*in judges we trust*”: sono i giudici lo strumento principale di avveramento dei diritti sociali. Dunque, un effetto indubbio dell'affermazione dei diritti fondamentali, (...) è quello di riproporre una delle caratteristiche storiche del processo d'integrazione comunitario, ossia l'assunzione di un ruolo decisivo della mediazione giudiziale, quale sede in cui individuare il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze economiche e solidariste.

E qui, tuttavia, si rivela un paradosso dell'approccio costituzionalista: la Corte non gode più della fiducia che le era stata assicurata in passato.³³⁷”

Si accusa la Corte di avere sacrificato i diritti collettivi del lavoratore non sulla base di un bilanciamento tra valori di pari rango (premessa già di per sé opinabile) ma sul principio del primato del diritto comunitario, determinando così l'inevitabile prevalenza delle libertà economiche.

E le ricadute sugli ordinamenti interni e sui loro diritti costituzionali? Si può correre il rischio che le libertà collettive siano sempre sacrificate sull'altare delle libertà economiche? Fino a che punto gli Stati membri possono tollerare questi risultati senza andare alla ricerca nuove forme di “patriottismo costituzionale”³³⁸?

In judge we trust.

³³⁶ Cfr. S. Sciarra, *Trusting Judges to Deliver Changes: Italy, the EU and Labour Law*, Jean Monnet Working Papers, n. 1/08.

³³⁷ M. Barbera, op. cit. pag. 6.

³³⁸ B. Caruso, op. cit. pag.19.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Alaimo A., Caruso B., *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in *Working Papers Massimo D'Antona INT*, 2010, n. 82;
- Ales E., *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale. Considerazioni critiche sugli sviluppi del modello sociale europeo nella stagione del metodo aperto di coordinamento*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2007, n. 51;
- Ales E., *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Diritto del Lavoro*, 2002;
- Algostino A., *Democrazia sociale e libero mercato: Costituzione italiana versus 'costituzione europea'?*, 2007, in www.costituzionalismo.it
- Andreoni A., Veneziani B. (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea: dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, Roma, 2009;
- Angiolini V., *Laval, Viking, Ruffert e lo spettro di Le Chapelier* su <http://w3.uniroma1.it/masterlavoro/>
- Antoine J., *Le sentenze Viking, Laval e Ruffert: come e perché dovrebbero essere riformate*, in A. Vimercati, (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009;
- Azzariti G., *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e corte di Giustizia dell'unione europea*, in (a cura di C. Salvi) *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012.
- Baldassarre A., *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XI, Roma, 1989;
- Ballestrero M.V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti* in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2007 n.55.

- Ballestrero M. V., *Giustizia globale e diritti oltre la dimensione nazionale*, in *Vivere la democrazia, costruire la sfera pubblica*, AA. VV., 2008;
- Ballestrero M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, Bologna, anno XXII, n. 2, 2008;
- Barbera A., *La Carta dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Diritto Unione Europea*, 2001;
- Barbera M., in *Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2012, n. 95;
- Baruffi M.C., *I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Guida al Lavoro*, 2010, n. 5;
- Bavaro V., *Tre questioni su quattro sentenze della Corte di Giustizia: a proposito di geo- diritto del lavoro, meta-diritto all'impresa e all'autonomia collettiva*, in A. Vimercati, (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009;
- Bellavista A., *Il sindacato confederale: un centauro del terzo millennio*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 208/2014;
- Bernardini M. G., *L'Unione Europea ed il Trattato di Lisbona: nuove frontiere per la tutela multilivello dei diritti*, in *Diritto e Società*, vol. 3-4, 2010;
- Bifulco D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003.
- Bifulco R., Cartabia M., Celotto A., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001;
- Bobbio N., *Eguaglianza ed egualitarismo*, Riv. int. fil. dir., 1976;
- Bobbio N., *Sui diritti sociali*, in *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, a cura di G. Neppi Modona, Torino, 1997;
- Borrelli S., Guazzarotti A., Lorenzon S., (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Napoli, 2012;

Bronzini G., *Il modello sociale europeo. Commento al Trattato di Lisbona* in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008;

Bronzini G., *Il modello sociale europeo* in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di) *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008;

Bronzini G., *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*
In *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, II.

Bronzini G., *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato e il ruolo della Corte di Giustizia*, in *Diritto e Lavoro*, 2009;

Bronzini G., Guarriello F., Piccone V. (a cura di), *Le scommesse dell'Europa: istituzioni, diritti, politiche*, Roma, 2009;

Bronzini G., Piccone V., *Diritto allo sciopero e libertà di circolazione nelle recenti conclusioni degli Avvocati Generali*, in *Diritto e Lavoro*, 2007;

Burdeau G., *Traité de science politique*, VI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956;

Calamandrei P., *L'avvenire dei diritti di libertà* in Id., *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968;

Cannizzaro E., *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000;

Carabelli U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2006 n.49 ;

Carabelli U., *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Viking e Laval*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, 1, Milano;

Carabelli U., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009;

Carabelli U., *Contrasto tra libertà economiche fondamentali e diritti di sciopero e contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica* in *Studi sull'integrazione europea* 2/2011;

Caretti P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002;

Carinci F., *Il buio oltre la siepe: Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013;

Carinci F., Pizzoferrato A., *Costituzione europea e diritti sociali fondamentali*, in *Lavoro e Diritto*, 2000, n. 2.

Cartabia M., *Commento all'articolo 51*, in Bifulco R., Cartabia M., Celotto A., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001;

Caruso B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)* in *Working Papers Massimo D'Antona INT*, 2008, n. 61;

Caruso B., *Introduzione. I diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, n.1;

Caruso B., *Fiom vs Fiat: Hard Cases davanti alla Consulta a proposito dell'art. 19 dello Statuto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II;

Cassese S., *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, *Giorn.dir. amm.*, 2009;

Cazzola G., *I piccoli passi dell'Europa sociale*, in *Il Mulino*, 2005, n.1;

Cerri A., *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXXII, Roma, 1994;

- Colucci M., *L'Unione europea in un delicato equilibrio fra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, Milano, 2008;
- Corso G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1981;
- Costa P., *Alle origini dei diritti sociali "Arbeitender staat" e tradizione solidaristica* in Gozzi G. (a cura di), *Democrazia, diritti e costituzione*, Bologna, 1997;
- Costanzo P., *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, relazione alle Primeras Jornadas Internacionales de Justicia Constitucional (Brasil-Espana-Italia), Belém do Pará (Brasil), 25/26-8-2008 in Consulta OnLine, <http://www.giurcost.org/studi/CostanzoBelem.htm>
- Daniele L., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010;
- De Luca Tamajo R., *La sentenza n. 231 /2013 della Corte costituzionale sullo sfondo della crisi del sistema sindacale anomico*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014;
- De Pasquale P., *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009;
- De Salvia A., *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT 2012, n. 98;
- De Salvia A., *Non c'è due senza tre: la Corte di Giustizia nel caso Rüffert*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, II, 2008;
- De Siervo U., *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani. A proposito della Carta dei diritti fondamentali*, in *Dir. Pubbl. comp. Ed. eur.*, 1/2001;
- Ferrajoli L., *Diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, 1998, n. 2;
- Ferrera M., *Le trappole del welfare. Uno stato sostenibile per l'Europa del XXI secolo*, Bologna, 1998;

- Fontana G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Torino 2008;
- Fontana G., *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti* in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2010, n. 78;
- Fortunato S., *Commento all'art. 153 TFUE in Trattati dell'Unione europea* a cura di A. Tizzano, Milano, 2014;
- Gambino S., Nocito W., *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto* in www.astrid-online.it;
- Gambino S., *I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo* in AA.VV. (a cura di) B. Caruso e G. Fontana, *L'Europa sociale di fronte alla crisi. La prospettiva dei giuslavoristi e dei costituzionalisti*, Bologna, 2013;
- Garilli A., *L'art. 8 della legge n.148/2011 nel sistema delle relazioni industriali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012;
- Garilli A., *Reciproco riconoscimento e rappresentatività sindacale spunti ricostruttivi della sentenza della Corte costituzionale n. 231 de 2013*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014;
- Garilli A., *Crisi e prospettive della rappresentatività sindacale: il dialogo tra Corte costituzionale e accordi sindacali*, *ADL*, 1/2015;
- Giannini M. S., *Stato sociale: una nozione inutile* in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di G. Mortati*, Milano, 1977;
- Giorgis A., *Diritti sociali*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. III, Milano 2006;
- Giubboni S., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Diritto dell'UE*, 2003, 8;
- Giubboni S., *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Quad. dir. Lav.* 2004, 27;

- Giubboni S., *Diritti e politiche sociali nella "crisi" europea*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2004, n. 17;
- Giubboni S., *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2006, n. 46;
- Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco e ed esercizio di libertà comunitarie*, 2008, in [www. Europeanrights.eu](http://www.Europeanrights.eu)
- Giubboni S., *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2009;
- Giubboni S., *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea* in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2013, n. 100;
- Gottardi D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, Relazione alle Giornate di studio AIDLASS, Parma, 4-5 giugno 2010;
- Grandi Z., *Diritti sociali e diritti nel lavoro*, Torino, 2006;
- Guastaferrò B., *Note sulla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco in ordine alla ratifica del Trattato di Lisbona*, 2009, in www.europeanrights.eu
- Guastini R., *Diritti in Analisi e diritto*, Torino, 1994;
- Ingravallo I., *La Corte di Giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?* in *La Comunità Internazionale*, n. 4/2008;
- Ingravallo I., *Il diritto di sciopero e quello di contrattazione collettiva nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in P. Gargiulo (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, Napoli, 2011;
- Lassandari A., *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in *Working Papers CSDLE 'Massimo D'Antona', INT 2005 n. 25;*

Lock T., *Oops! We did it again – the CJEU’s Opinion on EU Accession to the ECHR*, in [http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der eu/#.VJPu2dDpDw](http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/#.VJPu2dDpDw);

Lo Faro A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e diritto*, 2008.

Lo Faro A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione* in *Rassegna di diritto pubblico europeo* 1/2010;

Luciani M., *Sui diritti sociali*, in Romboli R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994;

Luciani M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. del dir.*, 2000, n. 3;

Luciani M., *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione* in *Quest. Giust.*, 2008, 6;

Maestro Buelga G., *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006;

Magno P., *Diritti sociali nell’ordinamento dell’Unione europea dopo Amsterdam*, in *Il diritto del lavoro*, 1998, parte 1;

Mancini F., *Democrazia e costituzionalismo dell’Unione europea*, Bologna, 2004;

Martone M., *Sindacato europeo e contrattazione collettiva*, in *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, diretto da F. Carinci, A. Pizzoferrato, Torino, 2010;

Mengoni L., *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Il diritto di sciopero*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1952, I;

Montari B. I., *Harmonization of social policies in the EC and the EFTA countries*, 1993;

Mutarelli M., *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell’Unione Europea*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” INT.*, 2007. n. 54;

- Orlandini G., *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999;
- Orlandini G., *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2006, n. 45;
- Orlandini G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2008, n. 66;
- Orlandini G., *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009;
- Orlandini G., *Riflessioni a margine del dibattito sui diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009;
- Orlandini G., *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona* in Borrelli S., Guazzarotti A., Lorenzon S., (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Napoli, 2012;
- Pace A., *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'UE? Appunti preliminari* in *Giur. Cost.* 1/2001;
- Pagano E., *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996;
- Palladino R., *L'autonomia del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010;
- Pallini M., *Law Shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *Riv. Giur. Lav.* 2008, II;

- Palombella L., *Diritti fondamentali. Argomenti per una teoria* in www.swif.uniba.it, 1999;
- Panzerà C., *Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e corti europee ad una svolta*, 2009, in www.forumcostituzionale.it
- Passalacqua P., *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014;
- Peers S., *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, 18 dicembre 2014, in <http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>;
- Pera G., *Note sui contratti collettivi pirata*, in *Riv. It.Dir. Lav.*, I, 1997
- Peruzzi M., *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, in *Lav. dir.*, 2010;
- Piciocchi P., *I recenti orientamenti della giurisprudenza comunitaria in materia di politiche sociali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009;
- Pinelli C., *Judicial Protection of human rights in Europe and the limits of the judge-made system*, in *Dir. UE*, 1996;
- Pinelli C., *Il Preambolo, i valori, gli obiettivi*, in Bassanini, Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, 2010;
- Pinelli C., *Il discorso sui diritti sociali fra costituzione e diritto europeo*, in (a cura di C. Salvi) *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, 2012;
- Pocar F., *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001;
- Poiarès Maduro Grasso L. M., *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?* *Dir. Un. Eur.*, 2009, 3;

- Pustorino P., *Articolo 53 (commento)* in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001;
- Razzano G., *Lo 'statuto' costituzionale dei diritti sociali*, in *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Atti Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" (Trapani, 8-9 giugno 2012), in www.gruppodipisa.it.
- Roccella M., Aimò M., Izzi D., *Diritto comunitario del lavoro casi e materiali*, Torino, 2006;
- Roccella M., Treu T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2012;
- Rossi L. S., *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/>;
- Ruggeri A., *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, *Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4-5 Giugno 2010;
- Ruggeri A., *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali* in www.federalismi.it
- Ruggeri A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)* su www.forumcostituzionale.it
- Ruggeri A., *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali*, in *Consulta on line* 2014, fasc.1, p. 39;
- Rusciano M., *Libertà di associazione e libertà sindacale*, in RIDL 1985, 4;
- Russo D., *L'armonizzazione della politica sociale attraverso prescrizioni minime internazionali ed europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 2012;

Saccà E., *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità del danno "da sciopero" e innovazioni legislative "indotte"* in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2010, n. 86;

Salazar C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000;

Scarpelli F., *Diritto comunitario e legittimazione democratica*, in *Questione Giustizia*, 2000;

Sciarra S., *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001;

Sciarra S., *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, in *Riv.it.dir.lav.* 2006, 4;

Sciarra S., *Trusting Judges to Deliver Changes: Italy, the EU and Labour Law*, Jean Monnet Working Papers, n. 1/08;

Sciarra S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo in Lav. Dir.*, 2008, 2;

Serrano M. L., *Sul carattere fondamentale dei diritti fondamentali*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT.*, 2009, n. 70;

Silvestri G., *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, (a cura di) C. Salvi, Torino, 2012;

Somma A., *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, 2003;

Spadaro A., *Sulla giuridicità della Carta europea dei diritti: c'è ma per molti non si vede*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, (a cura di) G. Ferrari, Milano, 2001;

Spadaro A., *I diritti sociali di fronte la crisi (necessità di un nuovo modello sociale europeo: più sobrio, solidale, sostenibile)* in www.associazioneitalianacostituzionalisti.it

- Spaventa E., *A very Fearful Court. The protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Jour. Eur. Comp. Law*, 2015;
- Straziuso E., *La Carta sociale del Consiglio d'Europa e l'organo di controllo: il Comitato europeo dei diritti sociali. Nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, 2012, in www.gruppodipisa.it
- Tega D., *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, 2012, Atti Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" (Trapani, 8-9 giugno 2012), in www.gruppodipisa.it.
- Tesauro G., *Diritto Comunitario*, Padova, 2008;
- Tizzano A., *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, n. 1;
- Tizzano A., *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di Giustizia dell'UE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, n. 4;
- Tosi L.(a cura di), *L'Italia e la dimensione sociale nell'integrazione europea*, Padova, 2008;
- Treu T., *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *Lavoro e Diritto*, 2000, n. 3;
- Trucco L., *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Atti Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" (Trapani, 8-9 giugno 2012), in www.gruppodipisa.it.
- Vecchio F., *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?* in www.europeanrights.eu
- Veneziani B., *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazione istituzionale dell'Unione europea*, in *Riv.giur.lav.* 1998, 2;

- Veneziani B., *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in RGL, I, 2000;
- Veneziani B., in Bercusson *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Baden Baden, 2006;
- Veneziani B., *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010;
- Vezzani S., «Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!»: *la Corte di Giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU* in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/>.
- Villani U., *I 'controlimiti' nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, II, 2008;
- Villani U., *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010.;
- Violini L., *La sentenza del Bundesverfassungsgerichtt sul Trattato di Lisbona*, *Quad. cost.*, 2009, 4;
- Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992;
- Zanghì C., *La mancata adesione dell'Unione Europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di Giustizia UE* in *Rivista OIDU*, 2015, n. 1;
- Zoppoli A., *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero l'autonomia collettiva negata)*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2008;
- Zoppoli A., *Art. 19 dello statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza n.231/2013*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 201/2014;

APPENDICE

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

11 dicembre 2007 (*)

«Trasporti marittimi – Diritto di stabilimento – Diritti fondamentali – Obiettivi della politica sociale comunitaria – Azione collettiva di un’organizzazione sindacale contro un’impresa privata – Contratto collettivo in grado di dissuadere un’impresa dal registrare una nave con la bandiera di un altro Stato membro»

Nel procedimento C-438/05,
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dalla Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Regno Unito) con decisione 23 novembre 2005, pervenuta in cancelleria il 6 dicembre 2005, nella causa

International Transport Workers’ Federation,

Finnish Seamen’s Union

contro

Viking Line ABP,

OÜ Viking Line Eesti,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. P. Jann, A. Rosas, K. Lenaerts, U. Lõhmus e L. Bay Larsen, presidenti di sezione, dal sig. R. Schintgen (relatore), dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. K. Schiemann, J. Makarczyk, P. Kūris, E. Levits e A. Ó Caoimh, giudici,

avvocato generale: sig. M. Poiares Maduro

cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 10 gennaio 2007,

considerate le osservazioni presentate:

- per la International Transport Workers’ Federation, dal sig. M. Brealey, QC, assistito dalla sig.ra M. Demetriou, barrister, su incarico della sig.ra D. Fitzpatrick, solicitor;
- per la Finnish Seamen’s Union, dal sig. M. Brealey, QC, assistito dalla sig.ra M. Demetriou, barrister, su incarico del sig. J. Tatten, solicitor;
- per la Viking Line ABP e la OÜ Viking Line Eesti, dal sig. M. Hoskins, barrister, su incarico dei sigg. I. Ross e J. Blacker, solicitors;

- per il governo del Regno Unito, dalla sig.ra E. O’Neill, in qualità di agente, assistita dal sig. D. Anderson, QC, nonché dal sig. J. Swift e dalla sig.ra S. Lee, barristers;
 - per il governo belga, dalla sig.ra A. Hubert, in qualità di agente;
 - per il governo ceco, dal sig. T. Boček, in qualità di agente;
 - per il governo danese, dal sig. J. Molde, in qualità di agente;
 - per il governo tedesco, dal sig. M. Lumma e dalla sig.ra C. Schulze-Bahr, in qualità di agenti;
 - per il governo estone, dal sig. L. Uiibo, in qualità di agente;
 - per il governo francese, dal sig. G. de Bergues e dalla sig.ra O. Christmann, in qualità di agenti;
 - per l’Irlanda, dal sig. D. O’Hagan, in qualità di agente, assistito dai sigg. E. Fitzsimons e B. O’Moore, SC, e N. Travers, BL;
 - per il governo italiano, dal sig. I.M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal sig. G. Albenzio, avvocato dello Stato;
 - per il governo lettone, dalle sig.re E. Balode-Buraka e K. Bārdiņa, in qualità di agenti;
 - per il governo austriaco, dalla sig.ra C. Pesendorfer e dal sig. G. Hesse, in qualità di agenti;
 - per il governo polacco, dai sigg. J. Pietras e M. Korolec, in qualità di agenti;
 - per il governo finlandese, dalle sig.re E. Bygglin e A. Guimaraes-Purokoski, in qualità di agenti;
 - per il governo svedese, dal sig. A. Kruse e dalla sig.ra A. Falk, in qualità di agenti;
 - per il governo norvegese, dalle sig.re K. Waage e K. Fløistad, nonché dal sig. F. Sejersted, in qualità di agenti;
 - per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. F. Benyon, J. Enegren e K. Simonsson, in qualità di agenti,
- sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 23 maggio 2007,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione, da un lato, dell'art. 43 CE e, dall'altro, del regolamento (CEE) del Consiglio 22 dicembre 1986, n. 4055, che applica il principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi tra Stati membri e tra Stati membri e paesi terzi (GU L 378, pag. 1).
- 2 La domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la International Transport Workers' Federation (Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti; in prosieguo: la «ITF») e la Finnish Seamen's Union (Suomen Merimies-Unioni ry, Sindacato finlandese dei marittimi; in prosieguo: la «FSU»), da un lato, e la Viking Line ABP (in prosieguo: la «Viking») e la sua controllata OÜ Viking Line Eesti (in prosieguo: la «Viking Eesti»), dall'altro, in relazione ad un'azione collettiva e alla minaccia di tale azione in grado di dissuadere la Viking dall'abbandonare la bandiera finlandese di una delle sue navi per registrare la stessa con la bandiera di un altro Stato membro.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

- 3 L'art. 1, n. 1, del regolamento n. 4055/86 prevede quanto segue:
«La libera prestazione dei servizi di trasporto marittimo tra Stati membri e tra Stati membri e paesi terzi è applicabile ai cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro diverso da quello del destinatario dei servizi».

Normativa nazionale

- 4 Risulta dalla decisione di rinvio che l'art. 13 della costituzione finlandese, che riconosce a chiunque il diritto di costituire organizzazioni nell'ambito di una professione, nonché la libertà di organizzarsi per la tutela di altri interessi, è stato interpretato nel senso che esso consente ai sindacati di intraprendere azioni collettive nei confronti di società per la tutela degli interessi dei lavoratori.
- 5 Tuttavia, in Finlandia il diritto di sciopero è soggetto a talune limitazioni. In tal senso, secondo la giurisprudenza della Corte suprema di tale Stato, esso non può essere esercitato, in particolare, nel caso di sciopero contrario al buon costume o vietato dal diritto nazionale o dal diritto comunitario.

Causa principale e questioni pregiudiziali

- 6 La Viking, società di diritto finlandese, è un importante operatore di traghetti. Essa gestisce sette navi, tra le quali il Rosella, che garantisce, battendo bandiera finlandese, il collegamento marittimo tra Tallin (Estonia) e Helsinki (Finlandia).

- 7 La FSU è un sindacato finlandese di marittimi che conta circa 10 000 membri. I componenti dell'equipaggio del Rosella sono iscritti a tale sindacato. La FSU è affiliata alla ITF, una federazione internazionale di sindacati dei lavoratori del settore dei trasporti, la cui sede si trova a Londra (Regno Unito). La ITF raggruppa 600 sindacati, aventi sede in 140 Stati diversi.
- 8 Risulta dalla decisione di rinvio che una delle principali politiche perseguite dalla ITF è la sua campagna di lotta contro le bandiere di convenienza. Gli obiettivi principali di tale politica sono, da un lato, la fissazione di un legame sostanziale tra la bandiera di una nave e la nazionalità del suo proprietario nonché, dall'altro lato, la tutela e il miglioramento delle condizioni di lavoro degli equipaggi delle navi battenti una bandiera di convenienza. La ITF ritiene che una nave sia registrata con una bandiera di convenienza qualora la proprietà effettiva e il controllo della nave si collochino in uno Stato diverso da quello della bandiera con la quale la nave è stata immatricolata. Soltanto i sindacati dello Stato in cui si trova il proprietario effettivo di una nave hanno, secondo la politica della ITF, il diritto di concludere contratti collettivi relativi a tale nave. La campagna di lotta contro le bandiere di convenienza si concretizza in boicottaggi e altre azioni di solidarietà tra lavoratori.
- 9 Finché il Rosella batte bandiera finlandese, la Viking è tenuta, ai sensi del diritto finlandese e del vigente contratto collettivo di lavoro, a pagare all'equipaggio retribuzioni di livello identico a quelle riconosciute in Finlandia. Ebbene, le retribuzioni pagate agli equipaggi estoni sono invece inferiori a quelle di cui godono gli equipaggi finlandesi. Il Rosella ha operato in perdita, a causa della concorrenza diretta delle navi estoni in grado di assicurare il medesimo collegamento con costi salariali inferiori. Anziché cedere la nave, la Viking ha progettato, nel mese di ottobre del 2003, di cambiarne la bandiera, registrandola in Estonia o in Norvegia, così da poter concludere un nuovo contratto collettivo con un sindacato avente sede in uno dei due Stati in questione.
- 10 Ai sensi del diritto finlandese, la Viking ha comunicato il progetto alla FSU e all'equipaggio del Rosella. In occasione di taluni incontri tra le parti, la FSU ha chiaramente manifestato la propria opposizione al progetto.
- 11 Il 4 novembre 2003 la FSU ha inviato alla ITF un messaggio elettronico per informarla del progetto di cambiamento di bandiera del Rosella. Il messaggio indicava inoltre che «la proprietà effettiva del Rosella si trova in Finlandia, conservando dunque la FSU il diritto di contrattare con la Viking». La FSU ha chiesto alla ITF di comunicare tali informazioni a tutti i sindacati affiliati, invitandoli a non trattare con la Viking.
- 12 Il 6 novembre 2003 la ITF ha inviato una circolare (in prosieguo: la «circolare ITF») ai propri affiliati, ordinando loro di non avviare trattative con la Viking o

con la Viking Eesti; era presumibile che i sindacati affiliati si sarebbero conformati a tale raccomandazione a causa del principio di solidarietà tra sindacati e del rischio che venga loro inflitta una sanzione nel caso di inosservanza della citata circolare.

- 13 L'accordo relativo all'equipaggio del Rosella è scaduto il 17 novembre 2003, così che la FSU, a partire da tale data, non era più soggetta all'obbligo di pace sociale imposto dal diritto finlandese. Essa ha pertanto annunciato uno sciopero, chiedendo alla Viking, da un lato, di incrementare l'equipaggio del Rosella di otto persone e, dall'altro, di rinunciare al suo progetto di cambiamento di bandiera della nave.
- 14 La Viking ha concesso gli otto membri supplementari di equipaggio, rifiutandosi però di rinunciare al suo progetto.
- 15 La FSU, non essendo però disposta ad acconsentire al rinnovo dell'accordo relativo all'equipaggio, con lettera del 18 novembre 2003 ha affermato che avrebbe accettato tale rinnovo solo alla duplice condizione che, da un lato, la Viking si impegnasse, indipendentemente da un eventuale cambiamento di bandiera del Rosella, a continuare a rispettare il diritto finlandese, il contratto collettivo di lavoro vigente, l'accordo generale nonché quello relativo all'equipaggio imbarcato sulla nave e che, dall'altro lato, l'eventuale cambiamento di bandiera non comportasse licenziamenti di dipendenti impiegati a bordo di una delle navi battenti bandiera finlandese di proprietà di tale compagnia né modifiche, senza l'accordo di dipendenti, delle condizioni di lavoro. In una serie di comunicati stampa, la FSU ha giustificato la propria posizione con la necessità di tutelare i posti di lavoro finlandesi.
- 16 Il 17 novembre 2003 la Viking si è rivolta al giudice del lavoro (Finlandia) per far dichiarare che, contrariamente a quanto sostenuto dalla FSU, l'accordo relativo all'equipaggio continuava a vincolare le parti. Fondandosi sulla propria tesi secondo cui tale accordo era giunto a scadenza, la FSU ha annunciato, ai sensi della legge finlandese sulla mediazione nei conflitti sociali, la propria intenzione di avviare, in data 2 dicembre 2003, uno sciopero relativo al Rosella.
- 17 Il 24 novembre 2003 la Viking ha appreso dell'esistenza della circolare ITF. Il giorno seguente essa ha proposto un ricorso dinanzi al Tribunale di primo grado di Helsinki (Finlandia) al fine di far vietare lo sciopero annunciato dalla FSU. Il giudice del lavoro ha aggiornato il procedimento al 2 dicembre 2003.
- 18 Secondo il giudice del rinvio, la FSU era pienamente consapevole del fatto che la sua rivendicazione principale, in base alla quale, in caso di cambiamento di bandiera, l'equipaggio doveva continuare ad essere impiegato alle condizioni previste dal diritto finlandese e dal contratto collettivo vigente, vanificava il

cambiamento di bandiera, poiché questo aveva l'obiettivo essenziale di consentire alla Viking di ridurre i suoi costi salariali. Inoltre, la registrazione del Rosella con bandiera estone avrebbe avuto la conseguenza di impedire alla Viking, almeno per quanto riguarda il Rosella, di beneficiare degli aiuti di Stato concessi dal governo finlandese alle navi battenti la sua bandiera.

- 19 Nell'ambito di una procedura di conciliazione la Viking si è impegnata, in un primo tempo, a far sì che il cambiamento di bandiera non comportasse alcun licenziamento. Avendo tuttavia la FSU rifiutato di rinunciare allo sciopero, il 2 dicembre 2003 la Viking ha posto termine alla controversia accettando le rivendicazioni di tale sindacato e abbandonando l'azione giudiziaria. Essa si è peraltro impegnata a non avviare la procedura per il cambiamento di bandiera prima del 28 febbraio 2005.
- 20 Il 1° maggio 2004 la Repubblica di Estonia è entrata nell'Unione europea.
- 21 Continuando il Rosella ad operare in perdita, la Viking ha mantenuto la propria intenzione di registrare tale nave con bandiera estone. Poiché la circolare ITF è rimasta in vigore, non essendo mai stata revocata dalla ITF stessa, la richiesta inviata da quest'ultima ai sindacati affiliati relativamente al Rosella è rimasta operante.
- 22 Il 18 agosto 2004 la Viking ha proposto dinanzi alla High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) (Regno Unito), un ricorso finalizzato a far accertare la contrarietà dell'azione della ITF e della FSU all'art. 43 CE, nonché a far ordinare la revoca della circolare ITF e a far ingiungere alla FSU di non ostacolare i diritti spettanti alla Viking ai sensi dell'ordinamento comunitario.
- 23 Con decisione 16 giugno 2005 detto giudice ha accolto la domanda della Viking, ritenendo che l'azione collettiva e le minacce di azione collettiva della ITF e della FSU creassero restrizioni alla libertà di stabilimento contrastanti con l'art. 43 CE e, in subordine, costituissero restrizioni illegittime alla libera circolazione dei lavoratori e alla libera prestazione dei servizi ai sensi degli artt. 39 CE e 49 CE.
- 24 Il 30 giugno 2005 la ITF e la FSU hanno impugnato tale decisione dinanzi al giudice del rinvio. A sostegno del proprio ricorso esse hanno in particolare sostenuto che il diritto dei sindacati di avviare un'azione collettiva per tutelare posti di lavoro costituisce un diritto fondamentale riconosciuto dal titolo XI del Trattato CE, in particolare dall'art. 136 CE, il cui primo comma prevede che «[I]a Comunità e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle

condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione».

- 25 Il richiamo, nella disposizione citata, alla Carta sociale europea e alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori comporterebbe infatti un riferimento al diritto di sciopero riconosciuto da tali strumenti giuridici. I sindacati avrebbero dunque il diritto di intraprendere un'azione collettiva nei confronti di un datore di lavoro stabilito in uno Stato membro al fine di dissuaderlo dal trasferire tutta o parte della sua impresa in un altro Stato membro.
- 26 Si porrebbe dunque il problema di determinare se il Trattato intenda vietare un'azione sindacale nel caso in cui la stessa abbia lo scopo di impedire ad un datore di lavoro di avvalersi, per ragioni economiche, della libertà di stabilimento. Ebbene, per analogia con quanto la Corte avrebbe dichiarato a proposito del titolo VI del Trattato (sentenze 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany, Racc. pag. I-5751; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, Pavlov e a., Racc. pag. I-6451, e 21 settembre 2000, causa C-222/98, van der Woude, Racc. pag. I-7111), il titolo III del Trattato e gli articoli dello stesso relativi alla libera circolazione delle persone e dei servizi non sarebbero applicabili alle «autentiche attività sindacali».
- 27 In tale contesto, ritenendo che la soluzione della controversia ad essa sottoposta dipenda dall'interpretazione del diritto comunitario, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «Ambito di applicazione delle disposizioni in materia di libera circolazione»*
- 1) Se, qualora un sindacato o un'associazione di sindacati intraprenda un'azione collettiva contro un'impresa privata al fine di indurre tale impresa a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro negoziato con un sindacato che ha sede in un particolare Stato membro, avente l'effetto di rendere inutile per tale impresa cambiare a una sua nave la bandiera, per assumere quella di un altro Stato membro, tale azione esuli dall'ambito di applicazione dell'art. 43 CE e/o del regolamento n. 4055/86 a norma della politica sociale CE, che include tra l'altro il titolo XI del Trattato CE e, in particolare, per analogia con la motivazione della Corte nella sentenza (...) Albany [cit.], punti 52-64.
- Effetto diretto orizzontale*
- 2) Se l'art. 43 CE e/o il regolamento n. 4055/86 abbiano un effetto diretto orizzontale conferendo a un'impresa privata diritti invocabili nei confronti di un altro soggetto privato e, in particolare, di un sindacato o di un'associazione di sindacati in rapporto a un'azione collettiva da parte di tale sindacato o associazione di sindacati.

Esistenza di restrizioni alla libera circolazione

- 3) Se, qualora un sindacato o un'associazione di sindacati intraprenda un'azione collettiva contro un'impresa privata al fine di indurre tale impresa a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro negoziato con un sindacato che ha sede in un particolare Stato membro, avente l'effetto di rendere inutile per tale impresa cambiare a una sua nave la bandiera, per assumere quella di un altro Stato membro, tale azione costituisca una restrizione ai fini dell'art. 43 CE e/o del regolamento n. 4055/86.
- 4) Se la politica di un'associazione di sindacati, secondo la quale le navi devono battere la bandiera del paese in cui sono situati la proprietà effettiva e il controllo della nave, cosicché i sindacati nel paese della proprietà effettiva di una nave hanno il diritto di concludere contratti collettivi in rapporto a tale nave, costituisca una restrizione direttamente discriminatoria, indirettamente discriminatoria o non discriminatoria ai sensi dell'art. 43 CE o del regolamento n. 4055/86.
- 5) Se, per stabilire se un'azione collettiva da parte di un sindacato o di un'associazione di sindacati sia una restrizione direttamente discriminatoria, indirettamente discriminatoria o non discriminatoria ai sensi dell'art. 43 CE o del regolamento n. 4055/86, sia rilevante l'intenzione soggettiva del sindacato che intraprende l'azione o se il giudice nazionale debba risolvere la questione riferendosi unicamente agli effetti obiettivi dell'azione stessa.

Stabilimento / Servizi

- 6) Qualora una società madre sia stabilita nello Stato membro A e intenda porre in essere un atto di stabilimento facendo battere a una sua nave la bandiera dello Stato membro B per farla gestire in tale Stato da una società controllata al 100%, società che è soggetta alla direzione e al controllo della società madre,
 - a) se l'azione collettiva minacciata o attuale da parte di un sindacato o di un'associazione di sindacati, intesa a rendere inutile l'atto di cui sopra, possa costituire una restrizione al diritto di stabilimento della società madre ai sensi dell'art. 43 CE, e
 - b) se, dopo il cambiamento di bandiera della nave, la controllata abbia il diritto di fondarsi sul regolamento n. 4055/86 per quanto riguarda la prestazione di servizi da parte sua dallo Stato membro B verso lo Stato membro A.

Giustificazione

Discriminazione diretta

- 7) Se un'azione collettiva da parte di un sindacato o di un'associazione di sindacati, qualora costituisca una restrizione direttamente discriminatoria ai sensi dell'art. 43 CE o del regolamento n. 4055/86, possa in linea di principio essere giustificata sul fondamento dell'eccezione di ordine pubblico di cui all'art. 46 CE:

- a) perché intraprendere un'azione collettiva (compreso lo sciopero) è un diritto fondamentale tutelato dal diritto comunitario; e/o
- b) per ragioni di tutela dei lavoratori.

Politica della ITF: giustificazione oggettiva

- 8) Se l'attuazione della politica di un'associazione secondo cui le navi devono battere la bandiera del paese in cui sono situati la proprietà effettiva e il controllo della nave, cosicché i sindacati del paese della proprietà effettiva di una nave hanno il diritto di concludere contratti collettivi di lavoro in rapporto a tale nave, rappresenti il giusto equilibrio tra il diritto sociale fondamentale ad intraprendere un'azione collettiva, da un lato, e la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, dall'altro, e se sia obiettivamente giustificata, appropriata, proporzionata e conforme al principio del riconoscimento reciproco.

Azioni della FSU: giustificazione obiettiva

- 9) Qualora:
- una società madre stabilita nello Stato membro A sia proprietaria di una nave battente bandiera dello Stato membro A e presti servizi di traghetto tra lo Stato membro A e lo Stato membro B usando tale nave;
 - la società madre intenda far battere alla nave la bandiera dello Stato membro B per applicare condizioni di impiego inferiori a quelle dello Stato membro A;
 - la società madre nello Stato membro A sia proprietaria al 100% di una controllata nello Stato membro B e la controllata sia soggetta alla sua direzione e al suo controllo;
 - sia previsto che la controllata gestisca la nave una volta che questa batta la bandiera dello Stato membro B con un equipaggio assunto nello Stato membro B, coperto da un contratto collettivo di lavoro negoziato con un sindacato affiliato alla ITF nello Stato membro B;
 - la nave debba restare nella proprietà effettiva della società madre e debba essere noleggiata a scafo nudo alla controllata;
 - la nave debba continuare a prestare servizi di traghetto tra lo Stato membro A e lo Stato membro B ad un ritmo giornaliero;
 - un sindacato stabilito nello Stato membro A intraprenda un'azione collettiva allo scopo di indurre la società madre e/o la controllata a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro che applichi all'equipaggio della nave condizioni accettabili per il sindacato nello Stato membro A anche dopo il cambiamento di bandiera e che abbia

- l'effetto di rendere inutile per la società madre far battere alla nave la bandiera dello Stato membro B,
- se tale sciopero collettivo rappresenti il giusto equilibrio tra il diritto sociale fondamentale di intraprendere un'azione collettiva, da un lato, e la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, dall'altro, e se sia obiettivamente giustificato, appropriato, proporzionato e conforme al principio del riconoscimento reciproco.
- 10) Se sia in grado di produrre alcuna differenza rispetto alla soluzione della questione n. 9 la circostanza che la società madre si sia impegnata dinanzi a un giudice, per suo conto e per conto di tutte le società del medesimo gruppo, nel senso che le stesse non potranno fine, per effetto del cambiamento di bandiera, al rapporto di lavoro di alcuna persona da esse occupata (impegno che non richiedeva il rinnovo di contratti dei lavoro di breve durata e non impediva il reimpiego di qualsiasi dipendente a condizioni equivalenti)».

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

- 28 Si deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito della collaborazione tra la Corte e i giudici nazionali istituita dall'art. 234 CE spetta esclusivamente al giudice nazionale, al quale è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità della decisione giurisdizionale da emanare, valutare, alla luce delle particolari circostanze della fattispecie, sia la necessità di una decisione pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Tuttavia, la Corte ha ritenuto di non poter statuire su una questione sollevata da un giudice nazionale se appare in modo manifesto, in particolare, che l'interpretazione del diritto comunitario chiesta da tale giudice non ha alcuna relazione con la realtà o con l'oggetto della causa principale, oppure se il problema è di natura ipotetica (v. sentenze 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, Racc. pag. I-4921, punti 59 e 61, nonché 25 ottobre 2005, causa C-350/03, *Schulte*, Racc. pag. I-9215, punto 43).
- 29 Nella fattispecie, la domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione, da un lato, delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento e, dall'altro, del regolamento n. 4055/86, che applica il principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi.
- 30 Si deve tuttavia osservare che, dal momento che la questione relativa alla libera prestazione dei servizi può porsi solo successivamente al cambiamento di bandiera del *Rosella* prospettato dalla *Viking*, e dal momento che, all'epoca in cui le questioni pregiudiziali sono state sottoposte alla Corte, tale cambiamento non era ancora avvenuto, la domanda di pronuncia pregiudiziale ha carattere ipotetico

ed è quindi irricevibile nella parte in cui riguarda l'interpretazione del regolamento n. 4055/86.

- 31 Alla luce di quanto sopra, le questioni poste dal giudice del rinvio devono essere risolte solo nella parte relativa all'interpretazione dell'art. 43 CE.
Sulla prima questione
- 32 Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 43 CE debba essere interpretato nel senso che esula dal suo ambito di applicazione un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia in grado di dissuadere la stessa dall'avvalersi della libertà di stabilimento.
- 33 Si deve in proposito ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, gli artt. 39 CE, 43 CE e 49 CE non disciplinano soltanto gli atti delle autorità pubbliche, ma si applicano anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi (v. sentenze 12 dicembre 1974, causa 36/74, Walrave e Koch, Racc. pag. 1405, punto 17; 14 luglio 1976, causa 13/76, Donà, Racc. pag. 1333, punto 17; Bosman, cit., punto 82; 11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, Deliège, Racc. pag. I-2549, punto 47; 6 giugno 2000, causa C-281/98, Angonese, Racc. pag. I-4139, punto 31, e 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters e a., Racc. pag. I-1577, punto 120).
- 34 Dal momento che le condizioni di lavoro nei vari Stati membri sono disciplinate sia mediante disposizioni legislative o regolamentari, sia mediante contratti collettivi e altri atti conclusi o adottati da soggetti privati, una limitazione dei divieti previsti da tali articoli agli atti delle autorità pubbliche rischierebbe di creare inuguaglianze nell'applicazione degli stessi (v., per analogia, citate sentenze Walrave e Koch, punto 19; Bosman, punto 84, e Angonese, punto 33).
- 35 Nella fattispecie, si deve rilevare, da un lato, che l'organizzazione di azioni collettive da parte dei sindacati dei lavoratori deve essere considerata come rientrante nell'autonomia giuridica di cui tali enti, che non sono di diritto pubblico, dispongono grazie alla libertà sindacale loro riconosciuta, in particolare, dal diritto nazionale.
- 36 D'altra parte, come rilevano la FSU e la ITF, azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, le quali possono costituire l'ultima risorsa a disposizione delle organizzazioni sindacali per condurre a buon fine le proprie rivendicazioni volte a disciplinare collettivamente il lavoro dei dipendenti della Viking, devono essere considerate inscindibilmente connesse al contratto collettivo del quale la FSU cerca di ottenere la sottoscrizione.

- 37 Ne consegue che azioni collettive come quelle indicate nella prima questione pregiudiziale sollevata dal giudice del rinvio rientrano, in linea di principio, nell'ambito applicativo dell'art. 43 CE.
- 38 Questa conclusione non è rimessa in discussione dai vari argomenti dedotti dalla FSU, dalla ITF e da taluni degli Stati membri che hanno presentato alla Corte osservazioni a sostegno della posizione opposta a quella indicata nel punto precedente.
- 39 In primo luogo, il governo danese sostiene che il diritto di associazione, il diritto di sciopero e quello di serrata esulano dall'ambito di applicazione della libertà fondamentale di cui all'art. 43 CE, dal momento che, ai sensi dell'art. 137, n. 5, CE, come modificato dal Trattato di Nizza, la Comunità non è competente a disciplinare tali diritti.
- 40 Si deve in proposito ricordare che, sebbene nei settori che non rientrano nella competenza della Comunità gli Stati membri restino in linea di principio liberi di determinare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e i modi di esercizio degli stessi, resta tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, tali Stati sono comunque tenuti a rispettare il diritto comunitario (v. per analogia, per quanto riguarda l'ambito della previdenza sociale, sentenze 28 aprile 1998, causa C-120/95, Decker, Racc. pag. I-1831, punti 22 e 23, e causa C-158/96, Kohll, Racc. pag. I-1931, punti 18 e 19; per quanto riguarda la fiscalità diretta, sentenze 4 marzo 2004, causa C-334/02, Commissione/Francia, Racc. pag. I-2229, punto 21, e 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer, Racc. pag. I-10837, punto 29).
- 41 Di conseguenza, il fatto che l'art. 137 CE non si applichi né al diritto di sciopero né a quello di serrata non è in grado di sottrarre un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale all'applicazione dell'art. 43 CE.
- 42 Inoltre, secondo le osservazioni dei governi danese e svedese, il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, costituirebbe un diritto fondamentale, sottratto, in quanto tale, all'applicazione dell'art. 43 CE.
- 43 Si deve in proposito osservare che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, è riconosciuto sia da svariati strumenti internazionali ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito, come la Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, peraltro esplicitamente ricordata all'art. 136 CE, e la convenzione n. 87 del 9 luglio 1948, relativa alla libertà sindacale e alla tutela del diritto sindacale, adottata dall'Organizzazione internazionale del lavoro, sia da strumenti elaborati dai citati Stati membri a livello comunitario o nell'ambito dell'Unione europea, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata in occasione della riunione

del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989, a sua volta ricordata all'art. 136 CE, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, pag. 1).

- 44 Se dunque è vero che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tali diritti sono tutelati conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. Peraltro, come risulta dal punto 5 della presente sentenza, secondo la normativa finlandese il diritto di sciopero non può essere esercitato, in particolare, nel caso in cui lo sciopero sarebbe contrario al buon costume o vietato dal diritto nazionale o comunitario.
- 45 A tale proposito la Corte ha già affermato che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come la libera circolazione delle merci (v. sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, Racc. pag. I-5659, punto 74) o la libera prestazione dei servizi (v. sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, Omega, Racc. pag. I-9609, punto 35).
- 46 Tuttavia, nelle citate sentenze Schmidberger e Omega la Corte ha affermato che l'esercizio dei diritti fondamentali in questione, cioè rispettivamente le libertà di espressione e di riunione e il rispetto della dignità umana, non esula dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato, e ha dichiarato che tale esercizio deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che conforme al principio di proporzionalità (v., in tal senso, citate sentenze Schmidberger, punto 77, e Omega, punto 36).
- 47 Deriva da quanto precede che il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva non è tale da escludere le azioni collettive in questione nella causa principale dall'ambito di applicazione dell'art. 43 CE.
- 48 Infine, la FSU e la ITF sostengono che il ragionamento seguito dalla Corte nella citata sentenza Albany deve essere applicato per analogia nella causa principale, dal momento che talune restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi sono inevitabilmente connesse alle azioni collettive intraprese nell'ambito di una contrattazione collettiva.
- 49 Occorre a tale proposito ricordare che, al punto 59 della citata sentenza Albany, la Corte, dopo aver rilevato che taluni effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei

datori di lavoro e dei lavoratori, ha tuttavia affermato che gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85, n. 1, del Trattato CE (divenuto art. 81, n. 1, CE) nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro.

- 50 La Corte ne ha dedotto, al punto 60 della citata sentenza Albany, che accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali con il fine di conseguire tali obiettivi debbono essere considerati, per la loro natura ed il loro oggetto, non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato.
- 51 Si deve tuttavia rilevare che tale ragionamento non può essere applicato alle libertà fondamentali sancite dal titolo III del Trattato.
- 52 Infatti, contrariamente a quanto sostengono la FSU e la ITF, non si può ritenere che all'esercizio stesso della libertà sindacale e del diritto di intraprendere un'azione collettiva sia inevitabilmente connessa una certa lesione di tali libertà fondamentali.
- 53 Si deve peraltro sottolineare che il fatto che un accordo o un'attività siano estranei all'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza non comporta che tale accordo o tale attività siano altresì esclusi dall'ambito delle disposizioni del medesimo Trattato relative alla libera circolazione delle persone o dei servizi, dal momento che tali disposizioni possiedono ciascuna proprie condizioni di applicazione (v., in tal senso, sentenza 18 luglio 2006, causa C-519/04 P, Meca-Medina e Majcen/Commissione, Racc. pag. I-6991).
- 54 Occorre infine ricordare che la Corte ha già affermato che le clausole dei contratti collettivi non sono escluse dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone (sentenze 15 gennaio 1998, causa C-15/96, Schönig-Kougebetopoulou, Racc. pag. I-47; 24 settembre 1998, causa C-35/97, Commissione/Francia, Racc. pag. I-5325, e 16 settembre 2004, causa C-400/02, Merida, Racc. pag. I-8471).
- 55 Sulla base di quanto precede, la prima questione va risolta dichiarando che l'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che, in linea di principio, non è esclusa dall'ambito di applicazione di tale articolo un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento.

Sulla seconda questione

- 56 Con tale questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 43 CE conferisca a un'impresa privata diritti opponibili a un sindacato o a un'associazione di sindacati.
- 57 Al fine di risolvere la questione è necessario ricordare che, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone e alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa se l'eliminazione delle barriere di origine statale potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni ed enti di natura non pubblicistica (v. citate sentenze Walrave e Koch, punto 18; Bosman, punto 83; Deliège, punto 47; Angonese, punto 32, e Wouters e a., punto 120).
- 58 La Corte ha inoltre già affermato, da un lato, che la circostanza che determinate disposizioni del Trattato si rivolgano formalmente agli Stati membri non esclude che, al tempo stesso, vengano attribuiti diritti ai singoli interessati all'osservanza degli obblighi così precisati e, dall'altro, che il divieto di violare una libertà fondamentale prevista da una disposizione del Trattato di natura imperativa vale in particolare per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato (v., in tal senso, sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, Defrenne, Racc. pag. 455, punti 31 e 39).
- 59 Ebbene, analoghe considerazioni devono valere altresì per l'art. 43 CE, il quale sancisce una libertà fondamentale.
- 60 Nella fattispecie si deve osservare che, come risulta dai punti 35 e 36 della presente sentenza, le azioni collettive intraprese dalla FSU e dalla ITF hanno come obiettivo la sottoscrizione di un accordo che deve disciplinare collettivamente il lavoro dei dipendenti della Viking, e che tali due sindacati costituiscono enti sprovvisti di natura pubblicistica e che esercitano l'autonomia giuridica loro riconosciuta, in particolare, dal diritto nazionale.
- 61 Ne consegue che l'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle della causa principale, esso può essere direttamente invocato da un'impresa privata nei confronti di un sindacato o di un raggruppamento di sindacati.
- 62 Tale interpretazione è del resto rafforzata dalla giurisprudenza vertente sulle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, da cui risulta che le restrizioni possono avere origine non statale ed essere il risultato di azioni svolte da persone private o da raggruppamenti di persone private (v. sentenze 9 dicembre 1997, causa C-265/95, Commissione/Francia, Racc. pag. I-6959, punto 30, nonché Schmidberger, cit., punti 57 e 62).

- 63 Né l'interpretazione esposta al punto 61 della presente sentenza è rimessa in discussione dal fatto che la restrizione all'origine della controversia sottoposta al giudice del rinvio sia la conseguenza dell'esercizio di un diritto conferito dal diritto nazionale finlandese, come, in questo caso, il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero.
- 64 Si deve aggiungere che, contrariamente a quanto sostiene in particolare la ITF, non risulta dalla giurisprudenza della Corte ricordata al punto 57 della presente sentenza che l'interpretazione citata sia limitata agli enti quasi pubblici o alle associazioni che svolgono una funzione di regolamentazione e dispongono di un potere quasi legislativo.
- 65 Tale giurisprudenza non contiene infatti alcun elemento in base al quale si possa ragionevolmente sostenere che essa sarebbe limitata alle associazioni o agli enti che svolgono una funzione di regolamentazione o che dispongono di un potere quasi legislativo. Si deve del resto rilevare che, nell'esercitare il potere autonomo di cui dispongono grazie alla libertà sindacale di trattare con i datori di lavoro o le organizzazioni professionali le condizioni di lavoro e di retribuzione dei lavoratori, le organizzazioni sindacali dei lavoratori partecipano alla formazione degli accordi finalizzati a disciplinare collettivamente il lavoro dipendente.
- 66 Alla luce di tali considerazioni, la seconda questione deve essere risolta dichiarando che l'art. 43 CE conferisce a un'impresa privata diritti opponibili a un sindacato o a un'associazione di sindacati.
Sulle questioni dalla terza alla decima
- 67 Con tali questioni, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza alla Corte se azioni collettive come quelle in esame nella causa principale costituiscano restrizioni ai sensi dell'art. 43 CE e, in caso affermativo, in quale misura simili restrizioni possano essere giustificate.
Sull'esistenza di restrizioni
- 68 Si deve in primo luogo ricordare, come la Corte ha fatto più volte, che la libertà di stabilimento costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità e che le norme del Trattato che la sanciscono hanno efficacia diretta dalla scadenza del periodo transitorio. Dette norme garantiscono il diritto di stabilirsi in altro Stato membro non solo ai cittadini comunitari, ma anche alle società definite dall'art. 48 CE (sentenza 27 settembre 1988, causa 81/87, Daily Mail and General Trust, Racc. pag. 5483, punto 15).
- 69 Del resto, la Corte ha dichiarato che, sebbene le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento mirino in special modo ad assicurare il beneficio del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante, esse ostano parimenti a che lo Stato membro di origine ostacoli lo stabilimento in altro Stato membro di un

proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione e peraltro corrispondente alla definizione dell'art. 48 CE. I diritti garantiti dagli artt. 43 CE - 48 CE sarebbero vanificati se lo Stato membro di origine potesse vietare alle imprese di abbandonare il suo territorio per stabilirsi in un altro Stato membro (v. sentenza *Daily Mail and General Trust*, cit., punto 16).

- 70 Giova in secondo luogo rilevare che, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, la nozione di stabilimento di cui ai citati articoli del Trattato implica l'esercizio effettivo di un'attività economica mediante l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro per una durata di tempo indeterminata, e che l'immatricolazione di una nave non può essere scissa dall'esercizio della libertà di stabilimento nell'ipotesi in cui la nave costituisca un mezzo per l'esercizio di un'attività economica implicante un insediamento in pianta stabile nello Stato membro di immatricolazione (sentenza 25 luglio 1991, causa C-221/89, *Factortame e a.*, Racc. pag. I-3905, punti 20-22).
- 71 La Corte ne ha dedotto che le condizioni prescritte per l'immatricolazione di una nave non devono creare ostacoli alla libertà di stabilimento, ai sensi degli artt. 43 CE - 48 CE (sentenza *Factortame e a.*, cit., punto 23).
- 72 Nella fattispecie, da un lato, non si può negare che un'azione collettiva come quella progettata dalla FSU ha l'effetto di scoraggiare, se non addirittura di vanificare, come ha rilevato il giudice del rinvio, l'esercizio da parte della Viking della sua libertà di stabilimento, poiché essa impedisce a quest'ultima, nonché alla sua controllata Viking Eesti, di beneficiare, nello Stato membro ospitante, del medesimo trattamento degli altri operatori economici stabiliti in tale Stato.
- 73 Dall'altro lato, un'azione collettiva intrapresa per mettere in pratica la politica di lotta contro le bandiere di convenienza perseguita dalla ITF, mirante principalmente, come risulta dalle osservazioni di quest'ultima, a impedire agli armatori di immatricolare le loro navi in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini i proprietari effettivi di tali navi, deve essere considerata quantomeno in grado di limitare l'esercizio, da parte della Viking, della sua libertà di stabilimento.
- 74 Ne consegue che azioni come quelle in esame nella causa principale costituiscono restrizioni alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 CE.
Sulla giustificazione delle restrizioni
- 75 Risulta dalla giurisprudenza della Corte che una restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa soltanto qualora persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. È tuttavia anche necessario, in tali casi, che essa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e che non vada al di là di ciò che è

necessario per conseguirlo (v., in particolare, sentenze 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, Racc. pag. I-4165, punto 37, e Bosman, cit., punto 104).

- 76 La ITF, sostenuta in particolare dal governo tedesco, dall'Irlanda e dal governo finlandese, sostiene che le restrizioni in discussione nella causa principale sarebbero giustificate in quanto necessarie per garantire la tutela di un diritto fondamentale riconosciuto dal diritto comunitario e che esse hanno come obiettivo la tutela dei diritti dei lavoratori, che costituirebbe una ragione imperativa di interesse generale.
- 77 Occorre in proposito osservare che il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la tutela dei lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato (v., in tal senso, sentenza Schmidberger, cit., punto 74), e che la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale già riconosciute dalla Corte (v., in particolare, sentenze 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, Arblade e a., Racc. pag. I-8453, punto 36; 15 marzo 2001, causa C-165/98, Mazzoleni e ISA, Racc. pag. I-2189, punto 27, e 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, Finalarte e a., Racc. pag. I-7831, punto 33).
- 78 Si deve aggiungere che, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. c) e j), CE, l'azione della Comunità comporta non soltanto «un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali», ma anche «una politica nel settore sociale». L'art. 2 CE afferma infatti che la Comunità ha il compito, in particolare, di promuovere «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche» e «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale».
- 79 Poiché dunque la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'art. 136, primo comma, CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale.
- 80 Nella fattispecie spetterà al giudice del rinvio verificare se gli obiettivi perseguiti dalla FSU e dalla ITF mediante l'azione collettiva da esse intrapresa riguardassero la tutela dei lavoratori.
- 81 A tale proposito, per quanto riguarda in primo luogo l'azione collettiva intrapresa dalla FSU, sebbene tale azione, finalizzata alla tutela dei posti e delle condizioni di lavoro dei membri di tale sindacato a rischio di essere lesi dal cambiamento di

bandiera del Rosella, potesse a prima vista essere ragionevolmente considerata connessa all'obiettivo di tutela dei lavoratori, tale qualificazione non potrebbe tuttavia essere conservata se fosse accertato che i posti o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati.

- 82 È quanto avverrebbe, in particolare, nel caso in cui l'impegno citato dal giudice del rinvio nella sua decima questione si rivelasse, dal punto di vista giuridico, tanto vincolante quanto le disposizioni di un contratto collettivo e se esso fosse tale da garantire ai lavoratori il rispetto delle disposizioni legislative e la conservazione delle disposizioni del contratto collettivo relative al loro rapporto di lavoro.
- 83 Dal momento che non risulta chiaramente dalla decisione di rinvio quale sia il valore giuridico che si deve riconoscere a un impegno come quello citato nella decima questione, spetta al giudice del rinvio determinare se i posti o le condizioni di lavoro dei membri di tale sindacato che potevano essere lesi dal cambiamento di bandiera del Rosella fossero compromessi o seriamente minacciati.
- 84 Nel caso in cui, al termine di tale valutazione, il giudice del rinvio giungesse alla conclusione che, nella controversia ad esso sottoposta, i posti o le condizioni di lavoro dei membri della FSU che potevano essere lesi dal cambiamento di bandiera del Rosella erano realmente compromessi o seriamente minacciati, detto giudice dovrà ancora verificare 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.
- 85 Si deve in proposito ricordare che, se è vero che spetta in ultima analisi al giudice nazionale, che è il solo competente a valutare i fatti e interpretare la normativa nazionale, determinare se e in quale misura l'azione collettiva in parola sia conforme a tali esigenze, la Corte, chiamata a fornire al giudice nazionale una risposta utile, è competente a fornire indicazioni, ricavate dal fascicolo della causa principale nonché dalle osservazioni scritte e orali ad essa sottoposte, che consentano a tale giudice di pronunciarsi sulla concreta controversia ad esso sottoposta.
- 86 Per quanto riguarda l'adeguatezza delle azioni intraprese dalla FSU per raggiungere gli obiettivi perseguiti nella causa principale, occorre ricordare che è pacifico che le azioni collettive, come le trattative e i contratti collettivi, possono costituire, nelle specifiche circostanze di una controversia, uno dei mezzi principali attraverso cui i sindacati tutelano gli interessi dei loro membri (Corte eur. D. U., sentenze *Sindacato nazionale della polizia belga c. Belgio* del 27 ottobre 1975, serie A n. 19, e *Wilson, National Union of Journalists e a. c.* Regno Unito del 2 luglio 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-V, § 44).

- 87 Per quanto riguarda il problema di determinare se l'azione collettiva in esame nella causa principale vada al di là di ciò che è necessario per conseguire l'obiettivo perseguito, spetta al giudice del rinvio valutare in particolare, da un lato, se, ai sensi della normativa nazionale e delle norme contrattuali applicabili a tale azione, la FSU non disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione.
- 88 Per quanto riguarda, in secondo luogo, le azioni collettive finalizzate a garantire la realizzazione della politica perseguita dalla ITF, si deve sottolineare che, se tale politica produce il risultato di impedire agli armatori di immatricolare le proprie navi in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini i proprietari effettivi delle navi stesse, le restrizioni alla libertà di stabilimento derivanti da tali azioni non possono essere oggettivamente giustificate. Si deve tuttavia constatare che, come osserva la decisione di rinvio, tale politica ha altresì l'obiettivo della tutela e del miglioramento delle condizioni di lavoro dei marittimi.
- 89 Tuttavia, come risulta dagli atti sottoposti alla cognizione della Corte, nell'ambito della sua politica di lotta contro le bandiere di convenienza la ITF è tenuta, su richiesta di uno dei suoi membri, ad avviare un'azione di solidarietà contro il proprietario effettivo di una nave registrata in uno Stato diverso da quello di cui tale proprietario è cittadino, indipendentemente dall'eventualità che l'esercizio da parte di quest'ultimo del suo diritto alla libertà di stabilimento possa o meno avere conseguenze dannose per i posti o le condizioni di lavoro dei suoi dipendenti. In tal senso, come la Viking ha sostenuto in udienza senza essere sul punto contraddetta dalla ITF, la politica di riservare il diritto di contrattazione collettiva ai sindacati dello Stato del quale il proprietario effettivo di una nave ha la nazionalità viene applicata anche quando la nave è registrata in uno Stato che garantisce ai lavoratori una tutela sociale più elevata di quella di cui beneficerebbero nel primo Stato.
- 90 Sulla base di tali considerazioni, le questioni dalla terza alla decima vanno risolte dichiarando che l'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, finalizzate a indurre un'impresa stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo in parola. Tali restrizioni possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo.

Sulle spese

- 91 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

- 1) **L'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che, in linea di principio, non è esclusa dall'ambito di applicazione di tale articolo un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa privata al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento.**
- 2) **L'art. 43 CE conferisce a un'impresa privata diritti opponibili a un sindacato o a un'associazione di sindacati.**
- 3) **L'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, finalizzate a indurre un'impresa privata stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo in parola.**
Tali restrizioni possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo.

Firme

* Lingua processuale: l'inglese.

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)
18 dicembre 2007 (*)

«Libera prestazione dei servizi – Direttiva 96/71/CE – Distacco di lavoratori nel settore edilizio – Normativa nazionale che determina le condizioni di lavoro e di occupazione relativamente alle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), ad eccezione dei minimi salariali – Contratto collettivo dell'edilizia le cui clausole determinano condizioni più favorevoli o riguardano altre materie – Possibilità per le organizzazioni sindacali di tentare, mediante azioni collettive, di indurre le imprese stabilite in altri Stati membri a trattare caso per caso per determinare le retribuzioni da pagare ai lavoratori, nonché a sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia»

Nel procedimento C-341/05,
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Arbetsdomstolen (Svezia) con decisione 15 settembre 2005, pervenuta in cancelleria il 19 settembre 2005, nella causa

Laval un Partneri Ltd

contro

Svenska Byggnadsarbetareförbundet,

Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan,

Svenska Elektrikerförbundet,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. P. Jann, A. Rosas, K. Lenaerts, U. Löhmus (relatore) e L. Bay Larsen, presidenti di sezione, dal sig. R. Schintgen, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. K. Schiemann, J. Makarczyk, P. Kūris, E. Levits e A. Ó Caoimh, giudici,

avvocato generale: sig. P. Mengozzi

cancelliere: sig. J. Swedenborg, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 9 gennaio 2007,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Laval un Partneri Ltd, dagli avv.ti A. Elmér e M. Agell, advokater;
- per la Svenska Byggnadsarbetareförbundet, la Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan e la Svenska Elektrikerförbundet, dal sig. D. Holke, responsabile dell'ufficio legale, nonché dagli avv.ti P. Kindblom e U. Öberg, advokater;
- per il governo svedese, dal sig. A. Kruse, in qualità di agente;

- per il governo belga, dal sig. M. Wimmer e dalla sig.ra L. Van den Broeck, in qualità di agenti;
- per il governo ceco, dal sig. T. Boček, in qualità di agente;
- per il governo danese, dai sigg. J. Molde e J. Bering Liisberg, in qualità di agenti;
- per il governo tedesco, dal sig. M. Lumma e dalla sig.ra C. Schulze-Bahr, in qualità di agenti;
- per il governo estone, dal sig. L. Uiibo, in qualità di agente;
- per il governo spagnolo, dalla sig.ra N. Díaz Abad, in qualità di agente;
- per il governo francese, dal sig. G. de Bergues e dalla sig.ra O. Christmann, in qualità di agenti;
- per l'Irlanda, dal sig. D. O'Hagan e dalla sig.ra C. Loughlin, in qualità di agenti, assistiti dai sigg. B. O'Moore, SC, e N. Travers, BL;
- per il governo lettone, dalle sig.re E. Balode-Buraka e K. Bārdiņa, in qualità di agenti;
- per il governo lituano, dal sig. D. Kriauciūnas, in qualità di agente;
- per il governo austriaco, dalla sig.ra C. Pesendorfer e dal sig. G. Hesse, in qualità di agenti;
- per il governo polacco, dai sigg. J. Pietras e M. Korolec, nonché dalla sig.ra M Szymańska, in qualità di agenti;
- per il governo finlandese, dalle sig.re E. Bygglin e J. Himmanen, in qualità di agenti;
- per il governo del Regno Unito, dalla sig.ra E. O'Neill e dal sig. D. Anderson, in qualità di agenti;
- per il governo islandese, dal sig. F. Birgisson, in qualità di agente;
- per il governo norvegese, dalle sig.re K. Waage e E. Jarbo, nonché dal sig. F. Sejersted, in qualità di agenti;
- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. J. Enegren, E. Traversa e K. Simonsson, in qualità di agenti;

- per l’Autorità di vigilanza EFTA, dai sigg. A. T. Andersen, N. Fenger e B. Alterskjær, in qualità di agenti,
sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 23 maggio 2007,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l’interpretazione degli artt. 12 CE e 49 CE, nonché della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi (GU 1997, L 18, pag. 1).
- 2 La domanda è stata proposta nell’ambito di una controversia tra, da un lato, la Laval un Partneri Ltd (in prosieguo: la «Laval»), società di diritto lettone avente sede a Riga (Lettonia), e, dall’altro, la Svenska Byggnadsarbetareförbundet (sindacato svedese dei lavoratori del settore delle costruzioni e dei lavori pubblici; in prosieguo: la «Byggnads»), la Svenska Byggnadsarbetareförbundet avdelning 1, Byggettan (sezione sindacale n. 1 di tale sindacato; in prosieguo: la «Byggettan»), nonché la Svenska Elektrikerförbundet (sindacato svedese dei lavoratori del settore elettrico; in prosieguo: la «Elektrikerna»), relativa al procedimento che detta società ha avviato, in primo luogo, per ottenere l’accertamento dell’illegittimità sia dell’azione collettiva della Byggnads e della Byggettan relativa all’insieme dei cantieri in cui tale società è attiva, sia dell’azione di solidarietà della Elektrikerna, consistente in un blocco di tutti i lavori elettrici in corso; in secondo luogo, per ottenere che sia ingiunto di porre fine a tali azioni; in terzo luogo, per la condanna delle citate organizzazioni sindacali al risarcimento del danno da essa subito.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

- 3 Il sesto, il tredicesimo, il diciassettesimo e il ventiduesimo ‘considerando’ della direttiva 96/71 sono del seguente tenore:
«considerando che la transnazionalizzazione dei rapporti di lavoro solleva problemi in ordine alla legislazione applicabile al rapporto di lavoro e che nell’interesse delle parti occorre definire le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al rapporto di lavoro considerato;
considerando che le legislazioni degli Stati membri devono essere coordinate per definire un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima cui deve attenersi nel paese ospite il datore di lavoro che distacca dipendenti a svolgere un lavoro a carattere temporaneo nel territorio di uno Stato membro dove vengono

prestati i servizi; che tale coordinamento può essere effettuato soltanto attraverso il diritto comunitario;

considerando che le norme imperative di protezione minima in vigore nel paese ospite non devono ostacolare l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori;

considerando che la presente direttiva lascia impregiudicato il diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria».

4 L'art. 1 della direttiva 96/71 così prevede:

«1. La presente direttiva si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchino lavoratori, a norma del paragrafo 3, nel territorio di uno Stato membro.

(...)

3. La presente direttiva si applica nella misura in cui le imprese di cui al paragrafo 1 adottino una delle misure transnazionali seguenti:

a) (...)

o

b) distacchino un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia

(...)».

5 L'art. 3 della direttiva dispone quanto segue:

«Condizioni di lavoro e di occupazione

1. Gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono fissate:

– da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o

– da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del paragrafo 8, sempreché vertano sulle attività menzionate in allegato:

a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo;

b) durata minima delle ferie annuali retribuite;

c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria;

d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo;

e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro;

- f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani;
- g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.

Ai fini della presente direttiva, la nozione di tariffa minima salariale di cui al primo comma, lettera c) è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato.

(...)

7. I paragrafi da 1 a 6 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori.

Le indennità specifiche per il distacco sono considerate parte integrante del salario minimo, purché non siano versate a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco, come le spese di viaggio, vitto e alloggio.

8. Per contratti collettivi o arbitrati, dichiarati di applicazione generale, si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate.

In mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati di cui al primo comma, gli Stati membri possono, se così decidono, avvalersi:

- dei contratti collettivi o arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o
- dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale,

a condizione che la loro applicazione alle imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 assicuri la parità di trattamento quanto alle materie di cui al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, fra tali imprese e le altre imprese di cui al presente comma che si trovano in una situazione analoga.

Vi è parità di trattamento, a norma del presente articolo, quando le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga:

- sono soggette, nel luogo o nel settore in cui svolgono la loro attività, ai medesimi obblighi delle imprese che effettuano il distacco, per quanto attiene alle materie menzionate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, e
- sono soggette ai medesimi obblighi, aventi i medesimi effetti.

(...)

10. La presente direttiva non osta a che gli Stati membri, nel rispetto del Trattato, impongano alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura:

- condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico;

- condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del paragrafo 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate dall'allegato».

6 L'art. 4 della direttiva 96/71 così prevede:

«Cooperazione in materia di informazione

1. Ai fini dell'attuazione della presente direttiva, gli Stati membri, secondo le legislazioni e/o prassi nazionali, designano uno o più uffici di collegamento o uno o più organismi nazionali competenti.

2. Gli Stati membri predispongono una cooperazione tra le amministrazioni pubbliche che, secondo la legislazione nazionale, sono competenti per la vigilanza sulle condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'articolo 3. Tale cooperazione consiste, in particolare, nel rispondere alle richieste motivate di informazioni da parte di dette amministrazioni a proposito della cessione temporanea transnazionale di lavoratori, compresi gli abusi evidenti o presunti casi di attività transnazionali illegali.

La Commissione e le amministrazioni pubbliche di cui al primo comma collaborano strettamente per valutare le difficoltà che potrebbero eventualmente sorgere nell'applicazione dell'articolo 3, paragrafo 10.

La reciproca assistenza amministrativa è fornita a titolo gratuito.

3. Ogni Stato membro adotta provvedimenti idonei affinché le informazioni relative alle condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'articolo 3 siano generalmente accessibili.

4. Ogni Stato membro comunica agli altri Stati e alla Commissione gli uffici di collegamento e/o gli organismi competenti di cui al paragrafo 1».

Normativa nazionale

La trasposizione della direttiva 96/71

7 Risulta dal fascicolo che nel Regno di Svezia non esiste un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi e che, al fine di non creare situazioni discriminatorie, la legge non impone alle imprese straniere di applicare i contratti collettivi svedesi, dal momento che non tutti i datori di lavoro svedesi sono vincolati da un contratto collettivo.

8 La direttiva 96/71 è stata trasposta nel diritto svedese con la legge (1999:678) 9 dicembre 1999 sul distacco di lavoratori [lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare] (in prosieguo: la «legge sul distacco dei lavoratori»). Emerge dagli atti di causa che le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori distaccati relativamente alle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a), b) e d)-g), della direttiva 96/71 sono fissate da disposizioni legislative ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, primo trattino, di quest'ultima. La legislazione svedese non prevede per contro un minimo salariale, materia prevista dall'art. 3, n. 1, primo comma, lett. c), della direttiva.

- 9 Risulta dagli atti del fascicolo che l'ufficio di collegamento (Arbetsmiljöverket), creato ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva 96/71, è incaricato, in particolare, di segnalare agli interessati l'esistenza di contratti collettivi che possono essere applicabili in caso di distacco di lavoratori in Svezia, nonché di indirizzare tali interessati, per più ampie informazioni, alle parti che hanno stipulato il contratto collettivo.
- Il diritto di intraprendere azioni collettive
- 10 Il capo 2 della Costituzione svedese (Regeringsformen) elenca le libertà e i diritti fondamentali riconosciuti ai cittadini. Ai sensi dell'art. 17 della stessa, le associazioni di lavoratori, i datori di lavoro e le loro associazioni hanno il diritto di intraprendere azioni collettive, salvo che a ciò si oppongano disposizioni legislative o contenute in un contratto collettivo.
- 11 La legge (1976:580) 10 giugno 1976 sulla partecipazione dei dipendenti alle decisioni negoziate [lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet] (in prosieguo: la «MBL») contiene le norme applicabili in materia di diritto di associazione e di trattativa, di contratti collettivi, di mediazione nelle controversie collettive di lavoro e di obbligo di pace sociale; essa contiene inoltre norme che limitano il diritto delle organizzazioni sindacali di intraprendere azioni collettive.
- 12 Risulta dall'art. 41 della MBL che sussiste un obbligo di tregua sociale fra le parti di un contratto collettivo e che è in particolare vietato intraprendere azioni collettive per ottenere modifiche del contratto. Azioni collettive sono tuttavia ammissibili qualora le parti sociali non abbiano concluso tra di loro un contratto collettivo.
- 13 L'art. 42 della MBL così prevede:
- «Le organizzazioni datoriali o di lavoratori non possono organizzare o provocare in alcun altro modo un'azione collettiva illegittima. Esse non possono neppure partecipare, con il loro sostegno o in qualunque altro modo, ad un'azione collettiva illegittima. Un'organizzazione vincolata essa stessa da un contratto collettivo dovrà altresì, in caso di azione collettiva illegittima imminente o in corso intrapresa da suoi membri, prendere provvedimenti per impedire l'azione o agire per la cessazione della stessa.
- Nel caso sia stata avviata un'azione collettiva illegittima, è vietato a chiunque altro prendervi parte.
- Le disposizioni delle due prime frasi del primo comma si applicano esclusivamente all'avvio, da parte di un'associazione, di azioni relative alle condizioni di lavoro che rientrano direttamente nel campo di applicazione della presente legge».
- 14 Secondo l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 42, primo comma, della MBL, è vietato intraprendere un'azione collettiva al fine di ottenere l'abrogazione

o la modifica di un contratto collettivo concluso da terzi. In una sentenza detta «Britannia» (1989, n. 120), l'Arbetsdomstolen ha affermato che tale divieto si estende alle azioni collettive intraprese in Svezia al fine di ottenere l'abrogazione o la modifica di un contratto collettivo concluso fra parti straniere, in un luogo di lavoro posto all'estero, qualora detta azione collettiva sia vietata dal diritto straniero applicabile alle parti firmatarie di tale contratto collettivo.

- 15 Con la legge detta «lex Britannia», entrata in vigore il 1° luglio 1991, il legislatore ha inteso ridurre la portata del principio contenuto nella sentenza Britannia. La lex Britannia comprende tre disposizioni inserite nella MBL, cioè gli artt. 25 bis, 31 bis e 42, terzo comma, di quest'ultima.
- 16 Risulta dai chiarimenti forniti dal giudice del rinvio che, in seguito all'introduzione di tale terzo comma nell'art. 42 della MBL, le azioni collettive intraprese nei confronti di un datore di lavoro straniero che svolge temporaneamente un'attività in Svezia non sono più vietate qualora una valutazione complessiva della situazione permetta di concludere che il legame con tale Stato membro è troppo tenue perché la MBL possa essere considerata direttamente applicabile alle condizioni di lavoro di cui trattasi.
Il contratto collettivo dell'edilizia
- 17 La Byggnads è un'organizzazione sindacale che raggruppa, in Svezia, i lavoratori del settore delle costruzioni. Risulta dalle sue osservazioni che, nel 2006, essa si componeva di 31 sezioni locali (tra le quali la Byggettan), che contava 128 000 membri, di cui 95 000 in età lavorativa, e che raggruppava, in particolare, lavoratori dei settori del legno e del cemento, muratori, posatori di pavimenti, lavoratori del settore delle costruzioni e delle strade, nonché realizzatori di impianti idraulici. Circa l'87% dei lavoratori del settore delle costruzioni faceva parte di tale organizzazione.
- 18 Tra la Byggnads, in quanto organizzazione centrale rappresentativa dei lavoratori dell'edilizia, e la Sveriges Byggindeströrelser (organizzazione centrale dei datori di lavoro del settore delle costruzioni) è stato concluso un contratto collettivo (in prosieguo: il «contratto collettivo dell'edilizia»).
- 19 Il contratto collettivo dell'edilizia contiene norme specifiche relative all'orario di lavoro e alle ferie annuali, materie nelle quali i contratti collettivi possono derogare alle norme legislative. Tale contratto contiene inoltre disposizioni relative alla disoccupazione temporanea e al tempo d'attesa, al rimborso delle spese di viaggio e professionali, alla tutela contro i licenziamenti, ai permessi per motivi di studio e alla formazione professionale.
- 20 La sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia comporta altresì, per le imprese interessate, l'accettazione di svariati obblighi di natura pecuniaria. Così,

tali imprese devono pagare alla Byggettan un importo pari all'1,5% della massa salariale per il controllo svolto da tale sezione sindacale sulle retribuzioni, e alla società di assicurazioni FORA somme pari, da un lato, allo 0,8% della massa salariale a titolo di «sovrimposta» o «addizionale speciale edilizia» e, dall'altro lato, al 5,9% di tale massa per svariati premi assicurativi.

- 21 La somma denominata «sovrimposta» o «addizionale speciale edilizia» è destinata a finanziare contratti di gruppo di assicurazione sulla vita, di previdenza e assicurazione contro gli incidenti avvenuti al di fuori dell'orario di lavoro, i fondi per la ricerca delle imprese svedesi dell'edilizia (Svenska Byggbranschens Utvecklingsfond), l'organizzazione Galaxen, gestita dai datori di lavoro e avente come obiettivo l'adattamento dei posti di lavoro alle persone a mobilità ridotta e la loro rieducazione, la promozione dello sviluppo della formazione nelle professioni dell'edilizia e le spese di amministrazione e gestione.
- 22 I vari contratti assicurativi proposti dalla FORA garantiscono ai lavoratori un'assicurazione pensionistica complementare, il pagamento di prestazioni in caso di malattia e disoccupazione, un'indennità nel caso di infortuni sul lavoro nonché un sostegno finanziario ai superstiti in caso di decesso del lavoratore.
- 23 In caso di sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia, i datori di lavoro, ivi compresi quelli che distaccano lavoratori in Svezia, sono in linea di principio vincolati da tutte le clausole di quest'ultimo, anche se talune norme sono applicabili caso per caso in funzione, essenzialmente, del tipo di cantiere e delle modalità di realizzazione dei lavori.
La determinazione delle retribuzioni
- 24 Risulta dalle osservazioni del governo svedese che, in Svezia, la determinazione delle retribuzioni dei lavoratori dipendenti è affidata alle parti sociali, per mezzo della contrattazione collettiva. In generale, i contratti collettivi non contengono norme che fissano una retribuzione minima in quanto tale. La retribuzione più bassa contenuta in numerosi contratti collettivi riguarda i dipendenti privi di qualificazione e di esperienza professionale, il che comporta che, in generale, essa riguarda solo un numero assai ridotto di persone. Per quanto riguarda gli altri dipendenti, la loro retribuzione è determinata nell'ambito di negoziati condotti sul luogo di lavoro, sulla base delle qualifiche del dipendente e dei compiti che svolge.
- 25 Stando alle osservazioni formulate nella presente causa dalle tre organizzazioni sindacali convenute nella causa principale, nel contratto collettivo dell'edilizia la retribuzione a cottimo è la forma di retribuzione normale nel settore delle costruzioni. Il regime delle retribuzioni a cottimo comporta la conclusione di nuovi accordi salariali per ciascun progetto di costruzione. I datori di lavoro e la sezione locale dell'organizzazione sindacale possono tuttavia accordarsi per

l'applicazione di una retribuzione oraria per uno specifico cantiere. Al tipo di lavoratori di cui si discute nella causa principale non è applicabile alcun sistema di retribuzione mensile.

- 26 Secondo le medesime organizzazioni sindacali, le trattative salariali si svolgono nell'ambito di una tregua sociale che deve necessariamente far seguito alla conclusione di un contratto collettivo. L'accordo sulle retribuzioni è concluso, in linea di principio, a livello locale tra il sindacato e il datore di lavoro. Se le parti sociali non raggiungono un accordo a tale livello, le trattative salariali sono oggetto di una trattativa centralizzata, nella quale la Byggnads svolge il ruolo di parte principale per i lavoratori dipendenti. Se le parti sociali non raggiungono un accordo neppure nell'ambito di queste ultime trattative, la retribuzione di base è determinata conformemente alla «clausola di ripiego». Secondo tali organizzazioni sindacali, la retribuzione «di ripiego», che costituirebbe in effetti solo un meccanismo di trattativa residuale, e non una retribuzione minima, era pari, per la seconda metà del 2004, a SEK 109 (circa EUR 12) all'ora.

La causa principale

- 27 Risulta dalla decisione di rinvio che la Laval è una società di diritto lettone avente sede a Riga. Tra il maggio e il dicembre 2004 essa ha distaccato in Svezia circa 35 lavoratori per lavorare in taluni cantieri della L&P Baltic Bygg AB (in prosieguo: la «Baltic»), società di diritto svedese controllata al 100% dalla Laval fino alla fine del 2003, in particolare per la costruzione di un edificio scolastico a Vaxholm.
- 28 La Laval, che in data 14 settembre e 20 ottobre 2004 aveva firmato, in Lettonia, contratti collettivi con il sindacato lettone dei lavoratori dell'edilizia, non era vincolata da alcun contratto collettivo concluso con la Byggnads, la Byggettan o la Elektrikerna, le quali non avevano alcun proprio membro tra il personale della Laval. Circa il 65% dei lavoratori dipendenti lettoni interessati erano membri del sindacato dei lavoratori dell'edilizia nel loro Stato di origine.
- 29 Risulta dagli atti di causa che nel giugno 2004 sono stati istituiti rapporti tra la Byggettan, da un lato, e la Baltic e la Laval, dall'altro, e che sono state avviate trattative per l'adesione della Laval al contratto collettivo dell'edilizia. La Laval ha chiesto che le retribuzioni e le altre condizioni di lavoro fossero definite parallelamente a tali negoziati, così da avere già fissati il livello delle retribuzioni e le condizioni di lavoro al momento dell'adesione a tale contratto. La Byggettan ha accolto tale richiesta anche se, in generale, il negoziato per un contratto collettivo deve essere stato concluso affinché, in seguito, possa avviarsi una

discussione sulle retribuzioni e sulle altre condizioni di lavoro nell'ambito della tregua sociale obbligatoria. La Byggettan ha rifiutato l'introduzione di un sistema di retribuzione mensile, ma ha accettato la proposta della Laval basata sul principio della retribuzione oraria.

- 30 Risulta dalla decisione di rinvio che, in occasione della riunione di trattativa del 15 settembre 2004, la Byggettan aveva preteso dalla Laval, da un lato, la sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia per il cantiere di Vaxholm e, dall'altro, la garanzia che i lavoratori distaccati avrebbero percepito una retribuzione oraria di SEK 145 (circa EUR 16). Tale retribuzione oraria si basava su statistiche retributive della regione di Stoccolma (Svezia) per il primo trimestre dell'anno 2004, relative ai lavoratori dei settori del cemento e del legno in possesso di un attestato di formazione professionale. La Byggettan si è dichiarata pronta ad intraprendere immediatamente un'azione collettiva nel caso di mancato accordo in tal senso.
- 31 Stando agli atti di causa, la Laval ha dichiarato, nel corso del procedimento dinanzi all'Arbetsdomstolen, che essa versava ai suoi dipendenti una retribuzione mensile di SEK 13 600 (circa EUR 1 500), cui si aggiungevano vantaggi in natura relativamente a vitto, alloggio e viaggi, per un valore di SEK 6 000 (circa EUR 660) al mese.
- 32 Aderendo al contratto collettivo dell'edilizia, la Laval sarebbe stata vincolata, in linea di principio, da tutte le clausole dello stesso, ivi comprese quelle relative agli obblighi pecuniari nei confronti della Byggettan e della FORA, di cui al punto 20 della presente sentenza. La sottoscrizione di contratti assicurativi presso la FORA è stata proposta alla Laval mediante un modulo di dichiarazione inviatole nel dicembre 2004.
- 33 Non avendo tale trattativa avuto successo, la Byggettan ha chiesto alla Byggnads di adottare misure finalizzate a porre in essere nei confronti della Laval l'azione collettiva annunciata in occasione dell'incontro di trattativa del 15 settembre 2004. Nell'ottobre 2004 è stato depositato un preavviso.
- 34 Il 2 novembre successivo è iniziato un blocco del cantiere di Vaxholm. Tale blocco si è concretizzato, in particolare, nell'impedire la consegna di merci al cantiere, nella realizzazione di picchetti di sciopero e nell'impedire l'ingresso al cantiere ai lavoratori lettoni nonché ai veicoli. La Laval ha chiesto l'assistenza delle forze dell'ordine, le quali le hanno comunicato che, essendo l'azione collettiva lecita secondo il diritto nazionale, non avrebbero potuto intervenire né eliminare gli ostacoli fisici che impedivano l'accesso al cantiere.
- 35 Alla fine del mese di novembre 2004 la Laval si è rivolta all'ufficio di collegamento citato al punto 9 della presente sentenza per ottenere indicazioni

circa le condizioni di lavoro e di occupazione che essa doveva applicare in Svezia, circa l'esistenza o meno di una retribuzione minima e la natura dei contributi da pagare. Con lettera del 2 dicembre 2004 il direttore dell'ufficio legale di tale ente le ha comunicato che essa era tenuta ad applicare le disposizioni a cui rinvia la legge sul distacco di lavoratori, che spettava alle parti sociali trovare un accordo sulle questioni retributive, che le condizioni minime previste dai contratti collettivi erano applicabili anche ai lavoratori stranieri distaccati e che, se un datore di lavoro straniero fosse stato soggetto a un doppio obbligo contributivo, la questione avrebbe potuto essere sollevata in sede giurisdizionale. Al fine di conoscere le disposizioni contrattuali applicabili, la Laval avrebbe dovuto rivolgersi alle parti sociali del settore di attività interessato.

- 36 In occasione dell'incontro di mediazione organizzato il 1° dicembre 2004 e dell'udienza di conciliazione dinanzi all'Arbetsdomstolen il giorno 20 del medesimo mese, la Laval è stata invitata dalla Byggettan a sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia prima di affrontare la questione delle retribuzioni. Se la Laval avesse accettato tale proposta l'azione collettiva dei sindacati sarebbe cessata immediatamente e sarebbe entrata in vigore la pace sociale, che avrebbe consentito di avviare un negoziato sulle retribuzioni. La Laval ha tuttavia rifiutato di sottoscrivere il contratto, dal momento che non le era possibile conoscere anticipatamente gli obblighi che le sarebbero derivati sotto il profilo retributivo.
- 37 Nel dicembre 2004 le azioni collettive nei confronti della Laval si sono intensificate. Il 3 dicembre 2004 la Elektrikerna ha avviato un'azione di solidarietà. Tale misura ha avuto l'effetto di impedire alle imprese svedesi appartenenti all'organizzazione datoriale degli installatori elettrici di fornire servizi alla Laval. A Natale i lavoratori distaccati dalla Laval sono rientrati in Lettonia e non sono più ritornati nel cantiere in questione.
- 38 Nel gennaio 2005 altre organizzazioni sindacali hanno annunciato azioni di solidarietà consistenti in un boicottaggio di tutti i cantieri della Laval in Svezia, cosicché tale impresa non è più stata in condizione di svolgere le proprie attività sul territorio di tale Stato membro. Nel febbraio 2005 il comune di Vaxholm ha chiesto la risoluzione del contratto che lo vincolava alla Baltic e, in data 24 marzo 2005, quest'ultima è stata dichiarata fallita.

Le questioni pregiudiziali

- 39 Il 7 dicembre 2004 la Laval ha proposto dinanzi all'Arbetsdomstolen un ricorso contro la Byggnads, la Byggettan e la Elektrikerna, finalizzato all'accertamento dell'illegittimità e all'ottenimento di un provvedimento inibitorio sia del blocco che dell'azione di solidarietà relativa a tutti i suoi cantieri. Essa ha chiesto altresì la condanna di tali organizzazioni sindacali al risarcimento del danno subito. Con

decisione 22 dicembre 2004 il giudice del rinvio ha respinto il ricorso cautelare della Laval diretto ad ottenere un provvedimento inibitorio delle azioni collettive.

40 Chiedendosi se gli artt. 12 CE e 49 CE, oltre alla direttiva 96/71, ostino a che talune organizzazioni sindacali tentino, con un'azione collettiva, di indurre un'impresa straniera che distacca lavoratori in Svezia ad applicare un contratto collettivo svedese, l'Arbetsdomstolen ha deciso, in data 29 aprile 2005, di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte in via pregiudiziale. La decisione di rinvio, adottata da tale giudice il 15 settembre 2005, solleva le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se sia compatibile con le norme del Trattato CE sulla libera prestazione dei servizi e sul divieto di qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità, nonché con la direttiva [96/71], il fatto che talune organizzazioni sindacali tentino, mediante un'azione collettiva esercitata sotto forma di un blocco, di indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere un contratto collettivo nello Stato ospitante relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione, come [il contratto collettivo dell'edilizia], nel caso in cui la situazione nello Stato ospitante sia tale per cui la legislazione volta a trasporre detta direttiva è priva di qualsiasi disposizione espressa sull'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione nei contratti collettivi.

2) La [MBL] vieta a un'organizzazione sindacale di intraprendere un'azione collettiva volta a disapplicare un contratto collettivo stipulato fra altre parti sociali. Tale divieto vale tuttavia, secondo una speciale disposizione costituente una parte della lex Britannia, soltanto se un'organizzazione sindacale avvia un'azione collettiva a causa di condizioni di lavoro cui la [MBL] è direttamente applicabile, il che, in pratica, comporta che esso non vale per azioni collettive avviate contro società straniere che esercitano temporaneamente un'attività in Svezia con i propri dipendenti. [Si chiede se] le norme del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi e al divieto di discriminazione in base alla nazionalità, nonché la direttiva 96/71, ostino all'applicazione di questa regola da ultimo menzionata – che, unitamente alle altre disposizioni della lex Britannia, comporta che in pratica i contratti collettivi svedesi diventano applicabili e prevalgono sui contratti collettivi stranieri già stipulati – contro un'azione collettiva avente la forma di un blocco esercitato da organizzazioni sindacali svedesi contro un prestatore di servizi operante temporaneamente in Svezia».

41 Con ordinanza del presidente della Corte 15 novembre 2005 è stata respinta la domanda del giudice del rinvio, datata 15 settembre 2005, di trattare la presente causa con il procedimento accelerato di cui all'art. 104 bis, primo comma, del regolamento di procedura.

Sulla ricevibilità

- 42 La Byggnads, la Byggettan e la Elektrikerna contestano la ricevibilità della domanda pregiudiziale.
- 43 Esse invocano, in primo luogo, l'assenza di un legame tra le questioni poste e le circostanze di fatto della causa principale. Infatti il giudice del rinvio chiederebbe alla Corte di interpretare le disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi e la direttiva 96/71, mentre la Laval sarebbe stabilita in Svezia, ai sensi dell'art. 43 CE, attraverso la sua controllata Baltic, di cui essa deteneva, sino alla fine dell'anno 2003, il 100% del capitale. Dal momento che il capitale sociale della Laval e quello della Baltic erano detenuti dai medesimi soggetti, che tali società avevano i medesimi rappresentanti e utilizzavano il medesimo marchio, le stesse dovrebbero essere considerate come una sola ed unica entità economica dal punto di vista del diritto comunitario, pur costituendo due persone giuridiche distinte. La Laval avrebbe pertanto avuto l'obbligo di svolgere la propria attività in Svezia alle condizioni previste dalla legislazione di tale Stato membro per i propri cittadini, ai sensi dell'art. 43, secondo comma, CE.
- 44 Esse sostengono, in secondo luogo, che la causa principale ha l'obiettivo di consentire alla Laval di sottrarsi alla normativa svedese e che, per tale ragione, essa possiede, almeno in parte, un carattere artificioso. La Laval, la cui attività consisterebbe nel distaccare temporaneamente personale originario della Lettonia presso società che svolgono le proprie attività sul mercato svedese, tenterebbe di sottrarsi a tutti gli obblighi derivanti dalle leggi e dai regolamenti svedesi in materia di contratti collettivi e cercherebbe, invocando le disposizioni del Trattato relative ai servizi e la direttiva 96/71, di avvalersi indebitamente dei vantaggi offerti dal diritto comunitario.
- 45 Si deve in proposito ricordare che, nell'ambito di un procedimento ai sensi dell'art. 234 CE, fondato su una netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale. Spetta allo stesso modo solo al giudice nazionale, che è investito della controversia e deve assumersi la responsabilità della decisione giurisdizionale da emanare, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (v., in particolare, sentenze 25 febbraio 2003, causa C-326/00, IKA, Racc. pag. I-1703, punto 27; 12 aprile 2005, causa C-145/03, Keller, Racc. pag. I-2529, punto 33, e 22 giugno 2006, causa C-419/04, Conseil général de la Vienne, Racc. pag. I-5645, punto 19).

- 46 Tuttavia, la Corte ha anche affermato che, in circostanze eccezionali, essa può esaminare le condizioni in cui viene adita dal giudice nazionale, al fine di verificare la propria competenza (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia, Racc. pag. 3045, punto 21). La Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con la realtà o con l'oggetto della causa principale, qualora il problema sia di natura ipotetica o nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (v., in particolare, sentenze 13 marzo 2001, causa C-379/98, PreussenElektra, Racc. pag. I-2099, punto 39; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satélite Digital, Racc. pag. I-607, punto 19, e Conseil général de la Vienne, cit., punto 20).
- 47 Occorre inoltre ricordare che spetta alla Corte, nell'ambito della ripartizione delle competenze tra i giudici comunitari e i giudici nazionali, considerare il contesto fattuale e normativo nel quale si inseriscono le questioni pregiudiziali, come definito dalla decisione di rinvio (v., in particolare, sentenze 25 ottobre 2001, causa C-475/99, Ambulanz Glöckner, Racc. pag. I-8089, punto 10; 2 giugno 2005, causa C-136/03, Dörr e Ünal, Racc. pag. I-4759, punto 46, e Conseil général de la Vienne, cit., punto 24).
- 48 In questo caso, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 97 delle conclusioni, il giudice del rinvio chiede, con le sue questioni, l'interpretazione degli artt. 12 CE e 49 CE, nonché delle disposizioni della direttiva 96/71 sul distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. Risulta dalla decisione di rinvio che tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia che contrappone la Laval alla Byggnads, alla Byggettan e alla Elektrikerna relativamente alle azioni collettive intraprese da queste ultime in seguito al rifiuto della Laval di sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia, che la controversia riguarda le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori lettoni distaccati dalla Laval in un cantiere situato in Svezia e realizzato da un'impresa appartenente al gruppo Laval e che, in seguito alle azioni collettive e all'interruzione dell'esecuzione dei lavori, i lavoratori distaccati sono ritornati in Lettonia.
- 49 Risulta pertanto che le questioni poste hanno un legame con l'oggetto della causa principale, come definito dal giudice del rinvio, e che il contesto di fatto in cui le stesse si inseriscono non consente di considerare la controversia di natura artificiosa.
- 50 Di conseguenza, la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

Sulla prima questione

- 51 Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede se il fatto che talune organizzazioni sindacali tentino, con un'azione collettiva in forma di blocco, di indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere, nello Stato membro ospitante, un contratto collettivo relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione, come il contratto collettivo dell'edilizia, sia compatibile con le norme del Trattato CE sulla libera prestazione dei servizi e sul divieto di ogni discriminazione in base alla nazionalità, oltre che con la direttiva 96/71, dal momento che la situazione in tale Stato membro è caratterizzata dal fatto che la normativa che ha trasposto la direttiva in questione non contiene alcuna disposizione esplicita relativa all'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione previste dai contratti collettivi.
- 52 Risulta dalla decisione di rinvio che l'azione collettiva intrapresa dalla Byggnads e dalla Byggettan è stata originata sia dal rifiuto, da parte della Laval, di garantire ai propri lavoratori distaccati in Svezia la retribuzione oraria richiesta da tali organizzazioni sindacali, laddove lo Stato membro interessato non prevede minimi salariali, sia dalla decisione di detta impresa di non sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia, del quale alcune clausole stabiliscono, per talune delle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, condizioni più favorevoli di quelle previste dalle disposizioni legislative in materia, mentre altre clausole si riferiscono ad aspetti non previsti da detto articolo.
- 53 Occorre pertanto ritenere che, con la prima questione, il giudice del rinvio chieda in sostanza se gli artt. 12 CE e 49 CE, nonché la direttiva 96/71, debbano essere interpretati nel senso che gli stessi ostano a che, in uno Stato membro nel quale le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), di tale direttiva sono contenute in disposizioni legislative, ad eccezione dei minimi salariali, un'organizzazione sindacale possa tentare di costringere, con un'azione collettiva in forma di blocco dei cantieri come quella di cui alla causa principale, un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da riconoscere ai lavoratori distaccati, nonché a sottoscrivere un contratto collettivo del quale alcune clausole prevedono, per talune delle materie indicate, condizioni più favorevoli di quelle contenute nelle disposizioni legislative vigenti, mentre altre clausole si riferiscono ad aspetti non previsti nell'art. 3 della direttiva in questione.
- Le disposizioni comunitarie applicabili*
- 54 Al fine di determinare le disposizioni del diritto comunitario applicabili a una vicenda come quella di cui alla causa principale, occorre ricordare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'art. 12 CE, che sancisce il principio generale del divieto di discriminazione in base alla nazionalità, tende ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto comunitario per le

quali il Trattato non stabilisce norme specifiche di non discriminazione (v. sentenze 26 novembre 2002, causa C-100/01, Oteiza Olazabal, Racc. pag. I-10981, punto 25, e 29 aprile 2004, causa C-387/01, Weigel, Racc. pag. I-4981, punto 57).

- 55 Per quanto riguarda la libera prestazione dei servizi, tale principio è stato attuato e realizzato dall'art. 49 CE (sentenze 16 settembre 1999, causa C-22/98, Becu e a., Racc. pag. I-5665, punto 32, e 28 ottobre 1999, causa C-55/98, Vestergaard, Racc. pag. I-7641, punto 17). Non è dunque necessario, per la Corte, pronunciarsi in relazione all'art. 12 CE.
- 56 Per quanto riguarda il distacco temporaneo di lavoratori in un altro Stato membro per effettuare lavori di costruzione o lavori pubblici nell'ambito di una prestazione di servizi erogata dal loro datore di lavoro, risulta dalla giurisprudenza della Corte che gli artt. 49 CE e 50 CE ostano a che uno Stato membro vieti ad un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro di spostarsi liberamente nel suo territorio con tutto il suo personale, oppure a che detto Stato membro sottoponga lo spostamento del personale di cui trattasi a condizioni più restrittive. Invero, il fatto d'imporre tali condizioni al prestatore di servizi di un altro Stato membro discrimina questo prestatore rispetto ai suoi concorrenti stabiliti nel paese ospitante che possono avvalersi liberamente del proprio personale, e pregiudica per giunta la capacità dello stesso di fornire la prestazione (sentenza 27 marzo 1990, causa C-113/89, Rush Portuguesa, Racc. pag. I-1417, punto 12).
- 57 Per contro, il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano le loro leggi o i contratti collettivi di lavoro conclusi dalle parti sociali, in materia di minimi salariali, a qualsiasi persona che svolga attività lavorativa subordinata, anche a carattere temporaneo, nel loro territorio, quale che sia il paese in cui è stabilito il datore di lavoro (v., in particolare, sentenze 3 febbraio 1982, cause riunite 62/81 e 63/81, Seco e Desquenue & Giral, Racc. pag. 223, punto 14, e 24 gennaio 2002, causa C-164/99, Portugaia Construções, Racc. pag. I-787, punto 21). Tuttavia, l'applicazione di tali norme deve essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, vale a dire la protezione dei lavoratori distaccati, e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento (v. in tal senso, in particolare, sentenze 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, Arblade e a., Racc. pag. I-8453, punto 35, e 14 aprile 2005, causa C-341/02, Commissione/Germania, Racc. pag. I-2733, punto 24).
- 58 In tale contesto, il legislatore comunitario ha adottato la direttiva 96/71 al fine, come risulta dal sesto 'considerando' della stessa, di prevedere, nell'interesse dei datori di lavoro e del loro personale, le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al rapporto di lavoro nel caso in cui un'impresa stabilita in un certo Stato membro distacchi temporaneamente lavoratori sul territorio di un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi.

- 59 Risulta dal tredicesimo ‘considerando’ della direttiva 96/71 che le legislazioni degli Stati membri devono essere coordinate per definire un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima cui deve attenersi nello Stato ospitante il datore di lavoro che distacca dipendenti.
- 60 Tuttavia, la direttiva 96/71 non ha armonizzato il contenuto sostanziale di tali norme vincolanti di protezione minima. Detto contenuto può quindi essere liberamente definito dagli Stati membri, nel rispetto del Trattato e dei principi generali del diritto comunitario (sentenza 18 luglio 2007, causa C-490/04, Commissione/Germania, Racc. pag. I-6095, punto 19).
- 61 Di conseguenza, dal momento che i fatti della causa principale, come descritti nella decisione di rinvio, si sono svolti nel corso dell’anno 2004, cioè dopo la scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre la direttiva 96/71, termine scaduto il 16 dicembre 1999, e dal momento che tali fatti rientrano nell’ambito applicativo della direttiva in parola, la prima questione deve essere esaminata sulla base delle disposizioni della direttiva interpretate alla luce dell’art. 49 CE (sentenza 12 ottobre 2004, causa C-60/03, Wolff & Müller, Racc. pag. I-9553, punti 25-27 e 45), nonché, se del caso, sulla base di quest’ultima disposizione.
- Le possibilità a disposizione degli Stati membri per determinare le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori distaccati, ivi compresi i minimi salariali*
- 62 Nell’ambito della procedura di collaborazione fra i giudici nazionali e la Corte istituita dall’art. 234 CE, e allo scopo di fornire al giudice nazionale una soluzione utile che gli consenta di dirimere la controversia di cui è investito (v. sentenze 17 luglio 1997, causa C-334/95, Krüger, Racc. pag. I-4517, punto 22; 28 novembre 2000, causa C-88/99, Roquette Frères, Racc. pag. I-10465, punto 18, e 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, Air Liquide Industries Belgium, Racc. pag. I-5293, punto 23), è necessario esaminare le possibilità di cui dispongono gli Stati membri per determinare le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all’art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, ivi compresi i minimi salariali, che le imprese devono garantire ai lavoratori che esse distaccano nell’ambito di una prestazione di servizi transnazionale.
- 63 Risulta infatti sia dalla decisione di rinvio che dalle osservazioni presentate nell’ambito del presente procedimento che, da un lato, per quanto riguarda la determinazione delle condizioni di occupazione dei lavoratori distaccati relativamente a tali materie, i minimi salariali costituiscono la sola condizione di occupazione la cui determinazione, in Svezia, non segue una delle vie previste dalla direttiva 96/71 e che, dall’altro lato, l’obbligo imposto alla Laval di trattare con le organizzazioni sindacali per conoscere le retribuzioni da pagare ai suoi

lavoratori, nonché quello di sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia, sono alla base della causa principale.

- 64 Ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, primo e secondo trattino, della direttiva 96/71, le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui alle lett. a)-g) di tale disposizione sono fissate, nel caso di prestazione di servizi transnazionale nel settore edilizio, vuoi da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, vuoi da contratti collettivi o da decisioni arbitrali dichiarati di applicazione generale. I contratti collettivi e le decisioni arbitrali ai sensi di tale disposizione sono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese appartenenti all'ambito di applicazione territoriale e alla categoria professionale o industriale interessate.
- 65 L'art. 3, n. 8, secondo comma, della direttiva 96/71 dà inoltre agli Stati membri la possibilità, in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi o delle decisioni arbitrali, di avvalersi di quelli in genere applicabili a tutte le imprese simili appartenenti al settore interessato o di quelli conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale.
- 66 Risulta dal testo di detta disposizione che il ricorso a questa possibilità richiede, da un lato, che lo Stato membro decida in tal senso e, dall'altro, che l'applicazione dei contratti collettivi alle imprese che distaccano lavoratori assicurati a queste ultime, quanto alle materie elencate all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, la parità di trattamento rispetto alle imprese nazionali appartenenti alla categoria professionale o industriale interessate che si trovano in una situazione analoga. Si ha parità di trattamento, ai sensi dell'art. 3, n. 8, della direttiva, quando queste ultime imprese sono soggette ai medesimi obblighi, per quanto riguarda le citate materie, previsti per le imprese che effettuano il distacco, e quando le une e le altre imprese sono soggette ai predetti obblighi con i medesimi effetti.
- 67 È pacifico che, in Svezia, le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, ad eccezione dei minimi salariali, sono state determinate da disposizioni legislative. È altresì pacifico che i contratti collettivi non sono dichiarati di applicazione generale, e che tale Stato membro non ha utilizzato la possibilità prevista dall'art. 3, n. 8, secondo comma, della direttiva.
- 68 Si deve osservare in proposito che, poiché la direttiva 96/71 non è diretta all'armonizzazione dei sistemi per la determinazione delle condizioni di lavoro e di occupazione negli Stati membri, questi ultimi rimangono liberi di scegliere, a livello nazionale, un sistema non espressamente indicato fra quelli previsti dalla

citata direttiva, purché lo stesso non ostacoli la prestazione dei servizi tra gli Stati membri.

- 69 Risulta dagli atti di causa che, in Svezia, le autorità nazionali hanno affidato alle parti sociali il compito di determinare, mediante trattativa collettiva, le retribuzioni che le imprese nazionali devono pagare ai loro dipendenti e che, per quanto riguarda le imprese edili, tale sistema richiede una trattativa caso per caso, sul luogo di lavoro, tenendo conto della qualifica e delle mansioni dei dipendenti interessati.
- 70 Per quanto riguarda gli obblighi salariali che possono essere imposti ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri, si deve ricordare che l'art. 3, n. 1, primo comma, lett. c), della direttiva 96/71 riguarda solo i minimi salariali. Tale disposizione non può pertanto essere invocata per giustificare un obbligo, a carico dei detti prestatori di servizi stranieri, di riconoscere retribuzioni come quelle che, nel presente caso, pretendono di imporre le organizzazioni sindacali convenute nella causa principale nell'ambito del sistema svedese, che non sono retribuzioni minime e non sono del resto determinate secondo le modalità previste in proposito dall'art. 3, nn. 1 e 8, della direttiva.
- 71 Si deve di conseguenza affermare, a questo punto, che uno Stato membro nel quale i minimi salariali non sono determinati in uno dei modi previsti dall'art. 3, nn. 1 e 8, della direttiva 96/71 non ha il diritto di imporre, sulla base di tale direttiva, alle imprese stabilite in altri Stati membri, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, una trattativa caso per caso, sul luogo di lavoro, che tenga conto della qualifica e delle mansioni dei dipendenti, affinché le dette imprese possano conoscere la retribuzione che dovranno pagare ai loro dipendenti distaccati.
- 72 Sarà ancora necessario valutare, nel prosieguo della presente sentenza, gli obblighi derivanti per le imprese stabilite in un altro Stato membro da un simile sistema di determinazione delle retribuzioni alla luce dell'art. 49 CE.
Le materie a cui possono riferirsi le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori distaccati
- 73 Al fine di garantire il rispetto di un nucleo di norme imperative di protezione minima, l'art. 3, n. 1, primo comma, della direttiva 96/71 dispone che gli Stati membri provvedano affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale le imprese garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie indicate in tale disposizione, cioè i periodi massimi di lavoro e i periodi minimi di riposo; la durata minima delle ferie annuali retribuite; i minimi salariali, compresi quelli maggiorati per lavoro straordinario; le condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare da

parte di imprese di lavoro temporaneo; la sicurezza, la salute e l'igiene sul lavoro; i provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti e puerpere, bambini e giovani, e la parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.

- 74 Tale norma ha lo scopo, da un lato, di garantire una leale concorrenza tra le imprese nazionali e quelle che svolgono una prestazione di servizi transnazionale, imponendo a queste ultime di riconoscere ai loro dipendenti, in una limitata serie di materie, le condizioni di lavoro e di occupazione fissate nello Stato membro ospitante da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o da contratti collettivi o decisioni arbitrali ai sensi dell'art. 3, n. 8, della direttiva 96/71, che costituiscono norme imperative di protezione minima.
- 75 Tale disposizione impedisce dunque che, applicando ai propri dipendenti, in tali materie, condizioni di lavoro e di occupazione vigenti nello Stato membro di origine, le imprese stabilite in altri Stati membri possano svolgere una concorrenza sleale nei confronti delle imprese dello Stato membro ospitante, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, qualora il livello di protezione sociale sia in quest'ultimo più elevato.
- 76 Dall'altro lato, la medesima disposizione ha lo scopo di garantire ai lavoratori distaccati l'applicazione delle norme di protezione minima dello Stato membro ospitante per quanto riguarda le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in questione nel periodo in cui gli stessi svolgono temporaneamente un'attività lavorativa sul territorio di tale Stato membro.
- 77 Il riconoscimento di tale protezione minima ha la conseguenza, qualora il livello di protezione derivante dalle condizioni di lavoro e di occupazione riconosciuto ai lavoratori distaccati nello Stato membro di origine, per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, sia inferiore al livello di protezione minima riconosciuto nello Stato membro ospitante, di riconoscere a detti lavoratori migliori condizioni di lavoro e di occupazione in quest'ultimo Stato.
- 78 Tuttavia, risulta dal punto 19 della presente sentenza che, nella causa principale, talune clausole del contratto collettivo dell'edilizia si discostano, per alcune delle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, in particolare per ciò che riguarda gli orari di lavoro e le ferie annuali, dalle disposizioni legislative svedesi che fissano le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori distaccati, stabilendo condizioni più favorevoli.
- 79 È vero che l'art. 3, n. 7, della direttiva 96/71 stabilisce che i nn. 1-6 dell'articolo stesso non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione più

favorevoli per i lavoratori. Risulta inoltre dal diciassettesimo ‘considerando’ della direttiva che le norme imperative di protezione minima in vigore nello Stato ospitante non devono ostacolare l’applicazione di tali condizioni.

- 80 Resta tuttavia il fatto che l’art. 3, n. 7, della direttiva 96/71 non può essere interpretato nel senso che esso consentirebbe allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima. Infatti, per quanto riguarda le materie di cui all’art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), la direttiva 96/71 prevede esplicitamente il livello di protezione di cui lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei loro lavoratori distaccati sul suo territorio. Peraltro, tale interpretazione finirebbe per privare di effetto utile la direttiva in esame.
- 81 Di conseguenza, e fatta salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante, in particolare nell’ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favorevole, il livello di protezione che deve essere garantito ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato membro ospitante è limitato, in linea di principio, a quello previsto dall’art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, a meno che tali lavoratori non godano già, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro di origine, di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie previste da tale disposizione.
- 82 Si deve peraltro precisare che, ai sensi dell’art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71, gli Stati membri possono imporre condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate specificamente al n. 1, primo comma, lett. a)-g), del detto art. 3 della direttiva, nel rispetto del Trattato e nei limiti in cui si tratti di disposizioni di ordine pubblico applicabili allo stesso modo alle imprese nazionali e a quelle di altri Stati membri.
- 83 Nella causa principale, talune clausole del contratto collettivo dell’edilizia riguardano materie non specificamente previste dall’art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71. Risulta in proposito dal punto 20 della presente sentenza che la sottoscrizione di tale contratto collettivo comporta, per le imprese, l’accettazione di obblighi di natura pecuniaria come quelli che impongono loro di versare alla Byggettan un importo pari all’1,5% della massa salariale per il controllo svolto da tale organizzazione sindacale sulle retribuzioni, ed alla società di assicurazioni FORA, da un lato, lo 0,8% della massa salariale a titolo di «addizionale speciale edilizia» e, dall’altro, il 5,9% di detta massa per il pagamento di svariati premi assicurativi.

- 84 È tuttavia pacifico che tali obblighi sono stati imposti senza che le autorità nazionali abbiano fatto ricorso all'art. 3, n. 10, della direttiva 96/71. Le clausole controverse del contratto collettivo dell'edilizia sono infatti state determinate dalla trattativa fra le parti sociali, che non sono soggetti di diritto pubblico e che non possono avvalersi di tale disposizione per invocare ragioni di ordine pubblico al fine di dimostrare la conformità al diritto comunitario di un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale.
- 85 È ancora necessario valutare, alla luce dell'art. 49 CE, l'azione collettiva intrapresa dalle organizzazioni sindacali convenute nella causa principale, sia nella parte in cui essa mira a indurre un prestatore stabilito in un altro Stato membro ad avviare trattative sulle retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati, sia nella parte in cui essa intende obbligare tale prestatore a sottoscrivere un contratto collettivo del quale alcune clausole stabiliscono, per talune delle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, condizioni più favorevoli di quelle derivanti dalle applicabili disposizioni legislative, laddove altre clausole riguardano materie non previste da tale disposizione.
Sulla valutazione dell'azione collettiva in esame nella causa principale alla luce dell'art. 49 CE
- 86 Per quanto riguarda l'utilizzo dei mezzi di pressione di cui dispongono le organizzazioni sindacali per imporre la sottoscrizione di un contratto collettivo e una trattativa salariale, le convenute nella causa principale, nonché i governi danesi e svedese, sostengono che il diritto di intraprendere azioni collettive nell'ambito della trattativa con un datore di lavoro esula dall'ambito applicativo dell'art. 49 CE, dal momento che, ai sensi dell'art. 137, n. 5, CE, come modificato dal Trattato di Nizza, la Comunità non è competente a disciplinare tale diritto.
- 87 È sufficiente in proposito ricordare che, se è vero che, nei settori che non rientrano nella competenza comunitaria, gli Stati membri restano in linea di principio liberi di fissare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e le modalità di esercizio degli stessi, rimane tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, detti Stati sono comunque obbligati a rispettare il diritto comunitario (v., per analogia, nell'ambito della previdenza sociale, sentenze 28 aprile 1998, causa C-120/95, Decker, Racc. pag. I-1831, punti 22 e 23, nonché causa C-158/96, Kohll, Racc. pag. I-1931, punti 18 e 19; per quanto riguarda la fiscalità diretta, sentenze 4 marzo 2004, causa C-334/02, Commissione/Francia, Racc. pag. I-2229, punto 21, e 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer, Racc. pag. I-10837, punto 29).
- 88 Pertanto, il fatto che l'art. 137 CE non si applichi né al diritto di sciopero né a quello di serrata non fa sì che un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale sia esclusa dal settore della libera prestazione dei servizi.

- 89 Secondo le osservazioni dei governi danese e svedese, il diritto di intraprendere un'azione collettiva costituirebbe un diritto fondamentale escluso, in quanto tale, dall'ambito applicativo dell'art. 49 CE, nonché da quello della direttiva 96/71.
- 90 Si deve in proposito osservare che il diritto di intraprendere un'azione collettiva è riconosciuto sia da svariati strumenti internazionali ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito, come la Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, peraltro esplicitamente ricordata all'art. 136 CE, e la convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro n. 87 del 9 luglio 1948, relativa alla libertà sindacale e alla tutela del diritto sindacale, sia da strumenti elaborati dai citati Stati membri a livello comunitario o nell'ambito dell'Unione europea, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata in occasione della riunione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989, a sua volta ricordata all'art. 136 CE, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, pag. 1).
- 91 Benché, dunque, il diritto di intraprendere un'azione collettiva debba essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, esso è tutelato conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali.
- 92 Se è vero che, come ricorda il governo svedese, il diritto di intraprendere azioni collettive gode in Svezia, come in altri Stati membri, di una tutela costituzionale, resta però il fatto che, come risulta dal punto 10 della presente sentenza, secondo la Costituzione svedese tale diritto, che include in detto Stato membro quello di bloccare i cantieri, può essere esercitato purché non vi si oppongano disposizioni di una legge o di un contratto collettivo.
- 93 A tale proposito la Corte ha già affermato che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come la libera circolazione delle merci (v. sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, Racc. pag. I-5659, punto 74) o la libera prestazione dei servizi (v. sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, Omega, Racc. pag. I-9609, punto 35).
- 94 Come la Corte ha dichiarato nelle citate sentenze Schmidberger e Omega, l'esercizio dei diritti fondamentali in questione, cioè rispettivamente le libertà di espressione e di riunione e il rispetto della dignità umana, non esula dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato. Tale esercizio deve essere conciliato

con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che essere conforme al principio di proporzionalità (v., in tal senso, citate sentenze Schmidberger, punto 77, e Omega, punto 36).

- 95 Deriva da quanto precede che il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva non è tale da sottrarre un'azione del genere, avviata nei confronti di un'impresa stabilita in un altro Stato membro, che distacca lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, all'ambito di applicazione del diritto comunitario.
- 96 Si deve dunque verificare se il fatto che talune organizzazioni sindacali di uno Stato membro possano intraprendere un'azione collettiva alle predette condizioni costituisca una restrizione alla libera prestazione dei servizi e, in caso affermativo, se la stessa possa essere giustificata.
- 97 Si deve in proposito ricordare che, nella parte in cui prevede l'eliminazione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi derivanti dal fatto che il prestatore sia stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui deve essere fornita la prestazione, l'art. 49 CE è divenuto direttamente applicabile negli ordinamenti giuridici degli Stati membri al termine del periodo transitorio e conferisce ai singoli diritti che gli stessi possono far valere in giudizio e che i giudici nazionali devono tutelare (v., in particolare, sentenze 3 dicembre 1974, causa 33/74, van Binsbergen, Racc. pag. 1299, punto 26; 14 luglio 1976, causa 13/76, Donà, Racc. pag. 1333, punto 20; 4 dicembre 1986, causa 206/84, Commissione/Irlanda, Racc. pag. 3817, punto 16, e 11 gennaio 2007, causa C-208/05, ITC, Racc. pag. I-181, punto 67).
- 98 Occorre altresì ricordare che il rispetto dell'art. 49 CE si impone anche alle normative di natura non pubblica dirette a disciplinare collettivamente le prestazioni di servizi. 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 o enti di natura non pubblicistica (v. sentenze 12 dicembre 1974, causa 36/74, Walrave e Koch, Racc. pag. 1405, punti 17 e 18; 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman, Racc. pag. I-4921, punti 83 e 84, e 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters e a., Racc. pag. I-1577, punto 120).
- 99 Nella causa principale, si deve osservare che il diritto delle organizzazioni sindacali di uno Stato membro di intraprendere azioni collettive mediante le quali le imprese stabilite in altri Stati membri possono essere obbligate a sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia, del quale talune clausole si discostano dalle disposizioni legislative stabilendo condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma,

lett. a)-g), della direttiva 96/71, mentre altre riguardano materie non previste da tale disposizione, è in grado di scoraggiare o rendere più difficile per tali imprese l'esecuzione di lavori di costruzione sul territorio svedese, e costituisce pertanto una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 CE.

- 100 Lo stesso vale a maggior ragione per quanto riguarda il fatto che, al fine di conoscere la retribuzione minima da pagare ai propri lavoratori distaccati, tali imprese possono essere indotte, mediante azioni collettive, ad una trattativa di durata indeterminata con le organizzazioni sindacali sul luogo di esecuzione della prestazione di servizi.
- 101 Risulta dalla giurisprudenza della Corte che, essendo la libera prestazione dei servizi un principio fondamentale della Comunità (v., in particolare, sentenze 4 dicembre 1986, causa 220/83, Commissione/Francia, Racc. pag. 3663, punto 17, e causa 252/83, Commissione/Danimarca, Racc. pag. 3713, punto 17), una restrizione a tale libertà può essere ammessa soltanto se essa persegue un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato ed è giustificata da ragioni imperative di interesse generale, purché, in tal caso, essa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di ciò che è necessario per raggiungerlo (v., in particolare, sentenze 5 giugno 1997, causa C-398/95, SETTG, Racc. pag. I-3091, punto 21; 30 marzo 2006, causa C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Racc. pag. I-2941, punto 37, e 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, Cipolla e a., Racc. pag. I-11421, punto 61).
- 102 Le organizzazioni sindacali convenute nella causa principale e il governo svedese sostengono che le restrizioni in esame sono giustificate in quanto necessarie per garantire la tutela di un diritto fondamentale riconosciuto dal diritto comunitario, e che le stesse hanno come obiettivo la protezione dei lavoratori, che sarebbe una ragione imperativa di interesse generale.
- 103 Occorre in proposito osservare che il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di dumping sociale può costituire una ragione imperativa di interesse generale, ai sensi della giurisprudenza della Corte, tale da giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato (v., in tal senso, sentenze *Arblade e a.*, cit., punto 36; 15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, Racc. pag. I-2189, punto 27; 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte e a.*, Racc. pag. I-7831, punto 33, e 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 77).
- 104 Si deve aggiungere che, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. c) e j), CE, l'azione della Comunità comporta non soltanto «un mercato interno caratterizzato

dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali», ma anche «una politica nel settore sociale». L'art. 2 CE afferma infatti che la Comunità ha il compito, in particolare, di promuovere «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche» e «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale».

- 105 Poiché dunque la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato CE relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'art. 136 CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale.
- 106 Nella causa principale la Byggnads e la Byggettan sostengono che l'obiettivo perseguito dal blocco intrapreso nei confronti della Laval era la protezione dei lavoratori.
- 107 Si deve in proposito osservare che, in linea di principio, un blocco intrapreso da un'organizzazione sindacale dello Stato membro ospitante per garantire ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale condizioni di lavoro e di occupazione di un certo livello rientra nell'obiettivo della protezione dei lavoratori.
- 108 Occorre tuttavia rilevare che, per quanto riguarda gli obblighi specifici connessi alla sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia che le organizzazioni sindacali tentano di imporre alle imprese stabilite in altri Stati membri con un'azione collettiva come quelle in esame nella causa principale, l'ostacolo che quest'ultima comporta non può essere giustificato alla luce di tale obiettivo. Infatti, oltre a quanto risulta dai punti 81-83 della presente sentenza, per quanto riguarda i lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, il datore di lavoro di questi ultimi è tenuto, grazie al coordinamento realizzato dalla direttiva 96/71, a rispettare un nucleo di norme imperative di protezione minima nello Stato membro ospitante.
- 109 Per quanto riguarda infine la trattativa salariale che le organizzazioni sindacali pretendono di imporre, con un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale, alle imprese stabilite in un altro Stato membro che distaccano temporaneamente lavoratori sul territorio dello Stato membro ospitante, si deve evidenziare che effettivamente il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di imporre a tali imprese il rispetto delle loro norme in materia di minimi salariali, utilizzando i mezzi appropriati (v. citate sentenze *Seco* e *Desquenue & Giral*, punto 14; *Rush Portuguesa*, punto 18, e *Arblade e a.*, punto 41).

- 110 Tuttavia, azioni collettive come quelle in esame nella causa principale non possono essere giustificate alla luce dell'obiettivo di interesse generale ricordato al punto 102 della presente sentenza qualora la trattativa salariale che esse mirano ad imporre a un'impresa stabilita in un altro Stato membro si inserisca in un contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni, di qualsivoglia natura, sufficientemente precise e accessibili da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte di tale impresa, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali (v., in tal senso, sentenza *Arblade e a.*, cit., punto 43).
- 111 Sulla base di quanto precede, la prima questione va risolta dichiarando che gli artt. 49 CE e 3 della direttiva 96/71 devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che, in uno Stato membro in cui le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della stessa direttiva sono contenute in norme legislative, ad eccezione dei minimi salariali, un'organizzazione sindacale possa, mediante un'azione collettiva sotto forma di blocco dei cantieri come quella in esame nella causa principale, tentare di indurre un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati, nonché a sottoscrivere un contratto collettivo del quale talune clausole stabiliscono, per alcune di tali materie, condizioni più favorevoli di quelle che derivano dalle disposizioni legislative vigenti, mentre altre clausole riguardano materie non previste dall'art. 3 della direttiva.

Sulla seconda questione

- 112 Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 49 CE e 50 CE ostino a che, in uno Stato membro, il divieto imposto alle organizzazioni sindacali di intraprendere un'azione collettiva allo scopo di abrogare o modificare un contratto collettivo concluso da parte di terzi sia subordinato al fatto che l'azione riguardi condizioni di lavoro e di occupazione alle quali si applica direttamente la legge nazionale, il che comporta, per un'impresa che distacca lavoratori in tale Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi e che è vincolata da un contratto collettivo regolato dal diritto di un altro Stato membro, l'impossibilità di far valere detto divieto nei confronti di tali organizzazioni.
- 113 Tale questione riguarda l'applicazione delle disposizioni della MBL che hanno introdotto un sistema di lotta contro il dumping sociale ai sensi del quale il prestatore di servizi non ha il diritto di pretendere, nello Stato membro in cui svolge la propria prestazione, che siano in qualche modo tenuti in conto gli obblighi derivanti dai contratti collettivi ai quali esso è già soggetto nello Stato membro in cui è stabilito. La conseguenza di tale sistema è che le azioni collettive sono autorizzate nei confronti delle imprese vincolate da un contratto collettivo

soggetto alla legge di un altro Stato membro così come lo sono nei confronti di quelle che non sono vincolate da alcun contratto collettivo.

- 114 Secondo una costante giurisprudenza, la libera prestazione dei servizi implica, in particolare, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore in ragione della sua nazionalità o del fatto che il prestatore sia stabilito in uno Stato membro diverso da quello nel quale la prestazione deve essere fornita (v., in particolare, sentenze 26 febbraio 1991, causa C-154/89, Commissione/Francia, Racc. pag. I-659, punto 12; causa C-180/89, Commissione/Italia, Racc. pag. I-709, punto 15; causa C-198/89, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-727, punto 16, e 18 luglio 2007, Commissione/Germania, cit., punto 83).
- 115 Ai sensi di una giurisprudenza ugualmente costante, una discriminazione può consistere solo nell'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe, ovvero nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse (v., in particolare, sentenze 14 febbraio 1995, causa C-279/93, Schumacker, Racc. pag. I-225, punto 30; 22 marzo 2007, causa C-383/05, Talotta, Racc. pag. I-2555, punto 18, e 18 luglio 2007, causa C-182/06, Lakebrink e Peters-Lakebrink, Racc. pag. I-6705, punto 27).
- 116 Si deve in proposito rilevare che una disciplina nazionale come quella in esame nella causa principale, la quale non tenga conto, indipendentemente dal loro contenuto, dei contratti collettivi ai quali le imprese che distaccano lavoratori in Svezia sono già vincolate nello Stato membro in cui sono stabilite, crea una discriminazione nei confronti di tali imprese, applicando loro il medesimo trattamento riservato alle imprese nazionali che non hanno concluso un contratto collettivo.
- 117 Ebbene, risulta dall'art. 46 CE, che deve essere interpretato restrittivamente, che norme discriminatorie possono essere giustificate soltanto da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (v. sentenza 18 luglio 2007, Commissione/Germania, cit., punto 86).
- 118 Risulta in proposito dalla decisione di rinvio che l'applicazione di tale disciplina alle imprese stabilite in altri Stati membri vincolate da contratti collettivi ai quali non è direttamente applicabile la legge svedese ha lo scopo, da un lato, di consentire alle organizzazioni sindacali di agire affinché tutti i datori di lavoro presenti sul mercato del lavoro svedese applichino retribuzioni e altre condizioni di occupazione corrispondenti a quelle normalmente riconosciute in Svezia e, dall'altro lato, di creare le condizioni di una concorrenza leale, a parità di condizioni, tra datori di lavoro svedesi e imprenditori provenienti da altri Stati membri.

- 119 Poiché nessuna delle considerazioni indicate al punto precedente è riconducibile a ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, ai sensi dell'art. 46 CE, applicato in combinato disposto con l'art. 55 CE, si deve rilevare che una discriminazione come quella in esame nella causa principale non può essere giustificata.
- 120 Sulla base di quanto precede, la seconda questione deve essere risolta dichiarando che gli artt. 49 CE e 50 CE ostano a che, in uno Stato membro, il divieto imposto alle organizzazioni sindacali di intraprendere un'azione collettiva allo scopo di abrogare o modificare un contratto collettivo concluso da parte di terzi sia subordinato al fatto che l'azione riguardi condizioni di lavoro e di occupazione alle quali si applica direttamente la legge nazionale.

Sulle spese

- 121 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

- 1) **Gli artt. 49 CE e 3 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che, in uno Stato membro in cui le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della stessa direttiva sono contenute in norme legislative, ad eccezione dei minimi salariali, un'organizzazione sindacale possa, mediante un'azione collettiva sotto forma di blocco dei cantieri come quella in esame nella causa principale, tentare di costringere un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati, nonché a sottoscrivere un contratto collettivo del quale talune clausole stabiliscono, per alcune di tali materie, condizioni più favorevoli di quelle che derivano dalle disposizioni legislative vigenti, mentre altre clausole riguardano materie non previste dall'art. 3 della medesima direttiva.**
- 2) **Gli artt. 49 CE e 50 CE ostano a che, in uno Stato membro, il divieto imposto alle organizzazioni sindacali di intraprendere un'azione collettiva allo scopo di abrogare o modificare un contratto collettivo concluso da parte di terzi sia subordinato al fatto che l'azione riguardi**

**condizioni di lavoro e di occupazione alle quali si applica direttamente
la legge nazionale.**

Firme

* Lingua processuale: lo svedese.

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)

3 aprile 2008 (*)

«Art. 49 CE – Libera prestazione dei servizi – Restrizioni – Direttiva 96/71/CE – Distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi – Procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori – Tutela previdenziale dei lavoratori»

Nel procedimento C-346/06,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dall’Oberlandesgericht Celle (Germania) con decisione 3 agosto 2006, pervenuta in cancelleria l’11 agosto 2006, nella causa tra

Dirk Ruffert, in qualità di curatore fallimentare della Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG,

e

Land Niedersachsen,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta dal sig. C.W.A. Timmermans (relatore), presidente di sezione, dai sigg. J. Makarczyk, P. Kūris, J.-C. Bonichot e dalla sig.ra C. Toader, giudici, avvocato generale: sig. Y. Bot

cancelliere: sig. B. Fülöp, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 5 luglio 2007, considerate le osservazioni presentate:

- per il Land Niedersachsen, dal sig. R. Thode, Rechtsanwalt;
- per il governo tedesco, dal sig. M. Lumma, in qualità di agente;
- per il governo belga, dalla sig.ra A. Hubert, in qualità di agente;
- per il governo danese, dal sig. J. Bering Liisberg, in qualità di agente;
- per il governo francese, dal sig. G. de Bergues e dalla sig.ra O. Christmann, in qualità di agenti;
- per l’Irlanda, dal sig. D. O’Hagan, in qualità di agente, assistito dal sig. N. Travers, BL, e dal sig. B. O’Moore, SC;
- per il governo cipriota, dalla sig.ra E. Neofitou, in qualità di agente;
- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;

- per il governo polacco, dalle sig.re E. Ośniecka-Tamecka e M. Szymańska, in qualità di agenti, nonché dalla sig.ra A. Dzięcielak, esperto;
 - per il governo finlandese, dalla sig.ra E. Bygglin, in qualità di agente;
 - per il governo norvegese, dai sigg. A. Eide e E. Sivertsen, in qualità di agenti;
 - per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. E. Traversa e C. Ladenburger, in qualità di agenti,
- sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 20 settembre 2007,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione dell'art. 49 CE.
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia fra il sig. Rüffert, in qualità di curatore fallimentare della Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG (in prosieguo: la «Objekt und Bauregie»), e il Land Niedersachsen, relativamente alla risoluzione di un contratto d'appalto concluso fra quest'ultimo e la citata società.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

- 3 La direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (GU 1997, L 18, pag. 1), all'art. 1, intitolato «Campo d'applicazione», prevede quanto segue:
 - «1. La presente direttiva si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano lavoratori, a norma del paragrafo 3, nel territorio di uno Stato membro.
(...)
 3. La presente direttiva si applica nella misura in cui le imprese di cui al paragrafo 1 adottino una delle misure transnazionali seguenti:
 - a) distaccano un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia
(...))».

4 Ai sensi dell'art. 3 della direttiva 96/71, intitolato «Condizioni di lavoro e di occupazione»:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono fissate:

- da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o
- da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del paragrafo 8, sempreché vertano sulle attività menzionate in allegato:

(...)

- c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria;

(...)

Ai fini della presente direttiva, la nozione di tariffa minima salariale di cui al primo comma, lettera c) è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato.

(...)

7. I paragrafi da 1 a 6 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori.

(...)

8. Per contratti collettivi o arbitrati, dichiarati di applicazione generale, si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate.

In mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati di cui al primo comma, gli Stati membri possono, se così decidono, avvalersi:

- dei contratti collettivi o arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o
- dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale,

a condizione che la loro applicazione alle imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 assicuri la parità di trattamento quanto alle materie di cui al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, fra tali imprese e le altre imprese di cui al presente comma che si trovano in una situazione analoga.

(...))».

La normativa nazionale

- 5 La legge del Land Niedersachsen (Land Bassa Sassonia) sull'aggiudicazione dei pubblici appalti (Landesvergabegesetz Nds.; in prosieguo: la «legge del Land») contiene alcune disposizioni per l'aggiudicazione di appalti pubblici che ammontino ad un valore minimo di EUR 10 000. Il preambolo della legge è così formulato:

«La presente legge è volta a combattere le distorsioni della concorrenza che sorgono nell'ambito dell'edilizia e del trasporto pubblico di passeggeri in seguito all'impiego di mano d'opera a basso salario e mitiga gli oneri a carico dei sistemi di sicurezza sociale. A tal fine essa prevede che all'ente pubblico aggiudicatore, nell'ambito delle attività edilizie e del trasporto pubblico di passeggeri, sia consentito assegnare gli appalti solo alle imprese che versino le retribuzioni stabilite dal contratto collettivo del luogo di esecuzione della prestazione del lavoro.

(...))».

- 6 Ai sensi dell'art. 3, n. 1, della legge del Land, intitolato «Dichiarazione di rispetto del contratto collettivo»:

«È consentita l'aggiudicazione di appalti per lavori edili solo alle imprese che, alla presentazione dell'offerta, si impegnino per iscritto a corrispondere ai loro dipendenti, per le rispettive prestazioni, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo ed al tempo dell'effettuazione di tali prestazioni. Costituiscono lavori edili ai sensi del primo periodo le prestazioni effettuate sia nel settore delle strutture e della realizzazione del rustico, sia nel settore delle attività edilizie di finitura ed affini. Il primo periodo si applica anche relativamente al rilascio di concessioni di servizi di trasporto nel settore del trasporto pubblico di persone».

- 7 L'art. 4, n. 1, della legge in parola, intitolato «Impiego di subappaltatori», dispone quanto segue:

«L'aggiudicatario può concedere in subappalto i lavori per cui la sua impresa abbia ricevuto l'incarico unicamente caso per caso e previo ottenimento di consenso scritto da parte dell'ente aggiudicatore. Già all'atto della presentazione dell'offerta, gli offerenti hanno l'obbligo di indicare quali lavori saranno successivamente attribuiti in subappalto. Nella misura in cui dei lavori siano attribuiti in subappalto, l'aggiudicatario è tenuto ad imporre anche al subappaltatore gli obblighi gravanti sull'aggiudicatario stesso in base agli artt. 3, 4 e 7, paragrafo 2, e a controllare il rispetto di tali obblighi da parte del subappaltatore».

- 8 L'art. 6 della medesima legge, intitolato «Documentazione richiesta», stabilisce che:

«(1) Non saranno prese in considerazione le offerte sprovviste della seguente documentazione:

(...)

3. Dichiarazione di rispetto del contratto collettivo secondo l'art. 3.

(...)

(2) Qualora l'esecuzione di una parte dell'appalto venga affidata ad un subappaltatore, al momento dell'assegnazione dell'appalto deve essere presentata anche la documentazione di cui al paragrafo 1 relativa al detto subappaltatore».

9 L'art. 8 della legge del Land, intitolato «Sanzioni», dispone quanto segue:

«(1) Al fine di garantire il rispetto degli obblighi di cui agli artt. 3, 4 e 7, paragrafo 2, gli enti pubblici aggiudicatori devono stipulare con l'aggiudicatario una penale convenzionale in ragione dell'1% del valore dell'appalto per ogni violazione imputabile, importo che, nel caso di pluralità di violazioni, può essere aumentato fino al 10%. L'aggiudicatario deve essere inoltre tenuto al pagamento della penale convenzionale di cui al primo periodo anche nel caso in cui la violazione sia commessa da un suo subappaltatore o da un subappaltatore di secondo grado, a meno che l'aggiudicatario non conoscesse né fosse tenuto a conoscere tale violazione. Qualora la penale convenzionale da versare risultasse sproporzionatamente elevata, l'ente aggiudicatore, su richiesta dell'aggiudicatario, può ridurla ad un importo adeguato.

(2) Gli enti pubblici aggiudicatori convengono con l'aggiudicatario che il mancato rispetto degli obblighi di cui all'art. 3 da parte dell'aggiudicatario o dei suoi subappaltatori, così come violazioni per colpa grave o ripetute degli obblighi stabiliti agli artt. 4 e 7, paragrafo 2, giustificano la risoluzione immediata del contratto da parte dell'ente pubblico aggiudicatore.

(3) Qualora sia provato che un'impresa abbia violato per lo meno con colpa grave o ripetutamente gli obblighi della presente legge, allora gli enti pubblici aggiudicatori, ognuno per il rispettivo ambito di competenza, possono escludere tale impresa dall'attribuzione di appalti per un periodo fino ad un anno.

(...))».

Causa principale e questione pregiudiziale

10 Dalla decisione di rinvio risulta che il Land Niedersachsen, in seguito a pubblica gara, assegnava nel corso dell'autunno 2003 alla Objekt und Bauregie un appalto relativo a lavori strutturali di edilizia nella costruzione dell'istituto penitenziario di Göttingen-Rosdorf. L'importo dell'appalto ammontava ad EUR 8 493 331, IVA compresa. Nel contratto figurava l'impegno a rispettare i contratti collettivi e, più specificamente, quello di corrispondere ai lavoratori impiegati nel cantiere almeno il salario minimo vigente nel luogo dell'esecuzione in base al contratto collettivo denominato «Settore edilizio» al n. 1 dell'elenco dei contratti collettivi rappresentativi» (in prosieguo: il «contratto collettivo "Settore edilizio"»).

- 11 La Objekt und Bauregie ha affidato lavori in subappalto ad un'impresa stabilita in Polonia. Nel corso dell'estate 2004 tale impresa è stata sospettata di aver impiegato nel cantiere lavoratori cui sarebbe stato corrisposto un salario inferiore a quello previsto dal contratto collettivo «Settore edilizio». Successivamente all'avvio di indagini, sia la Objekt und Bauregie sia il Land Niedersachsen hanno risolto il contratto d'appalto fra di essi concluso. Quest'ultimo ha motivato la risoluzione sostenendo, in particolare, che la Objekt und Bauregie non avrebbe adempiuto l'obbligo contrattuale di rispettare il contratto collettivo in parola. Nei confronti del responsabile principale dell'impresa stabilita in Polonia è stato emanato un decreto penale di condanna, sulla base del rilievo che ai 53 operai impegnati nel cantiere sarebbe stato versato solo il 46,57% del salario minimo previsto.
- 12 In primo grado il Landgericht Hannover (Tribunale di primo grado di Hannover) ha constatato che il credito della Objekt und Bauregie derivante dal contratto d'appalto era estinto per effetto della compensazione con la penale contrattuale, per l'importo di EUR 84 934,31 (pari all'1% dell'ammontare dell'appalto), spettante al Land Niedersachsen. La restante parte della domanda di detta società è stata respinta.
- 13 Investito della controversia in appello, il giudice del rinvio ritiene che per decidere quest'ultima occorra stabilire se si debba disapplicare la legge del Land, in particolare l'art. 8, n. 1, della legge, in quanto incompatibile con le disposizioni in tema di libertà di prestazione dei servizi sancite dall'art. 49 CE.
- 14 Il giudice remittente osserva a tale riguardo che gli obblighi di rispetto del contratto collettivo fanno sì che le imprese edili di altri Stati membri debbano adeguare i salari percepiti dai propri dipendenti alle retribuzioni, solitamente più elevate, corrisposte nel luogo dell'esecuzione dei lavori dell'appalto in Germania. Siffatto obbligo farebbe perdere alle imprese in parola il vantaggio concorrenziale a loro favore costituito dal minor costo del lavoro. Di conseguenza, l'obbligo di rispettare il contratto collettivo rappresenterebbe un ostacolo per le persone fisiche o giuridiche provenienti da altri Stati membri diversi dalla Repubblica federale di Germania.
- 15 Il giudice del rinvio, peraltro, s'interroga sulla questione se l'obbligo di rispettare la contrattazione collettiva possa essere giustificato da ragioni imperative d'interesse generale e, segnatamente, se siffatto obbligo non vada oltre quanto necessario per la tutela dei lavoratori. Tale soglia di protezione è configurata dal salario minimo obbligatorio, che deriva dall'applicazione in Germania della legge 26 febbraio 1996 sul distacco dei lavoratori (Arbeitnehmer-Entsendegesetz, BGBl. 1996 I, pag. 227; in prosieguo: l'«AEntG»). Con riguardo ai lavoratori stranieri, l'obbligo di rispettare i contratti collettivi non consente di realizzare l'effettiva [parità di trattamento] fra questi ultimi ed i lavoratori tedeschi, ma

impedisce che i lavoratori provenienti da uno Stato membro diverso dalla Repubblica federale di Germania trovino impiego nel territorio di detto Stato, in quanto il loro datore di lavoro non può sfruttare in maniera concorrenziale il vantaggio dei costi ridotti.

- 16 Ritenendo che la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente richieda l'interpretazione dell'art. 49 CE, l'Oberlandesgericht Celle (Corte d'appello di Celle) ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se la circostanza che all'amministrazione aggiudicatrice sia imposto, ex lege, di aggiudicare gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella prevista dal contratto collettivo applicabile nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione non rappresenti una restrizione ingiustificata della libera prestazione dei servizi ai sensi del Trattato CE».

Sulla questione pregiudiziale

- 17 Con la questione pregiudiziale il giudice a quo chiede, in sostanza, se l'art. 49 CE osti, in circostanze quali quelle della causa principale, ad un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di aggiudicare gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, perlomeno la retribuzione minima prevista dal contratto collettivo nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione.
- 18 Come suggerito da vari fra i governi che hanno presentato osservazioni alla Corte, nonché dalla Commissione delle Comunità europee, per fornire una soluzione utile al giudice del rinvio occorre prendere in considerazione, nell'ambito dell'esame della questione pregiudiziale, le disposizioni della direttiva 96/71 (v., in questo senso, sentenze 12 ottobre 2004, causa C-60/03, *Wolff & Müller*, Racc. pag. I-9553, punto 27, nonché 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 42).
- 19 Infatti, come risulta dall'art. 1, n. 3, lett. a), la direttiva citata si applica, in particolare, allorché un'impresa stabilita in uno Stato membro, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchi lavoratori, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa medesima. Orbene, tale situazione sembra effettivamente sussistere nella causa principale.

- 20 Peraltro, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 64 delle conclusioni, alla mera circostanza che la normativa di uno Stato membro, quale la legge del Land, non si prefigga di disciplinare il distacco dei lavoratori non consegue che una situazione quale quella della causa principale non rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 96/71.
- 21 Ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, primo e secondo trattino, della direttiva 96/71, ai lavoratori distaccati, per quanto riguarda la prestazione di servizi transnazionali nel settore dell'edilizia, vanno garantite le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie dalla lett. a) alla lett. g) di tale disposizione, fra cui compaiono, alla lett. c), le tariffe minime salariali. Dette condizioni di lavoro e di occupazione sono fissate da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale. In base al n. 8, primo comma, del medesimo articolo, i contratti collettivi o arbitrati ai sensi di tale disposizione sono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate.
- 22 L'art. 3, n. 8, secondo comma, della direttiva 96/71 consente inoltre agli Stati membri, in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati, di potersi avvalere dei contratti collettivi o arbitrati generalmente applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione e nella categoria interessata o dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale.
- 23 Occorre esaminare se la tariffa salariale imposta da un provvedimento quale quello della causa principale, che consiste in una disposizione legislativa adottata dal Land Niedersachsen in materia di appalti pubblici e diretta a rendere vincolante, in particolare nei confronti di un'impresa quale l'impresa subappaltatrice della Objekt und Bauregie, un contratto collettivo che prevede la tariffa minima salariale in questione, sia stato fissata secondo una delle modalità descritte ai punti 21 e 22 della presente sentenza.
- 24 In primo luogo, una disposizione legislativa, quale la legge del Land, che non stabilisce essa stessa alcuna tariffa minima salariale, non può essere considerata come una disposizione legislativa ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, primo trattino, della direttiva 96/71, che fissi una tariffa minima salariale così come previsto alla lett. c) del detto comma.
- 25 In secondo luogo, per quanto riguarda la questione se un contratto collettivo quale quello oggetto della causa principale costituisca un contratto collettivo dichiarato di applicazione generale ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, secondo trattino, della direttiva 96/71, nel combinato disposto con il n. 8, primo

comma, del medesimo articolo, dagli atti presentati alla Corte emerge che l'AEntG, diretta a recepire nell'ordinamento interno la direttiva 96/71, estende l'applicazione delle disposizioni relative alle retribuzioni minime dei contratti collettivi dichiarati di applicazione generale in Germania ai datori di lavoro stabiliti in un altro Stato membro che distaccano i loro dipendenti in Germania.

- 26 Orbene, in risposta ad un quesito scritto della Corte, il Land Niedersachsen ha confermato che il contratto collettivo «Settore edilizio» non è un contratto collettivo dichiarato di applicazione generale ai sensi dell'AEntG. Peraltro, gli atti presentati alla Corte non contengono alcun elemento che consenta di concludere che il contratto collettivo in parola potrebbe ciò non di meno essere qualificato di applicazione generale ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, secondo trattino, della direttiva 96/71, nel combinato disposto con il n. 8, primo comma, del medesimo articolo.
- 27 In terzo luogo, per quanto riguarda l'art. 3, n. 8, secondo comma, della direttiva 96/71, dal tenore stesso di questa disposizione risulta che essa è applicabile solamente in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi, il che non si verifica nella fattispecie nella Repubblica federale di Germania.
- 28 Peraltro, un contratto collettivo come quello oggetto della causa principale non può in ogni caso essere considerato quale contratto collettivo ai sensi di detta disposizione e, più specificamente, quale contratto collettivo, ai termini del primo trattino di tale disposizione, «in genere applicabil[e] a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessat[a]».
- 29 In un contesto come quello della controversia principale, infatti, l'effetto vincolante di un contratto collettivo del genere di quello oggetto della causa principale si estende solamente ad una parte del settore edilizio rientrante nell'ambito di applicazione territoriale del contratto collettivo medesimo, poiché, da un lato, la legislazione che ad esso attribuisce tale effetto si applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati, e, dall'altro, il contratto collettivo di cui trattasi non è stato dichiarato di applicazione generale.
- 30 Da quanto precede risulta che un provvedimento come quello di cui alla causa principale non fissa una tariffa salariale secondo una delle modalità previste all'art. 3, n. 1, primo comma, primo e secondo trattino, e 8, secondo comma, della direttiva 96/71.
- 31 Di conseguenza, una siffatta tariffa salariale non può essere considerata quale tariffa minima salariale ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, lett. c), della medesima direttiva, che gli Stati membri hanno il diritto di imporre, sulla base di

tale direttiva, alle imprese stabilite in altri Stati membri, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale (v., in questo senso, sentenza 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri*, Racc. pag. I-11767, punti 70 e 71).

- 32 Allo stesso modo, siffatta tariffa salariale non può essere considerata una condizione di lavoro e di occupazione più favorevole ai lavoratori ai sensi dell'art. 3, n. 7, della direttiva 96/71.
- 33 Più specificamente, detta disposizione non può essere interpretata nel senso che consenta allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima. Infatti, per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), la direttiva 96/71 prevede esplicitamente il livello di protezione di cui lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei loro lavoratori distaccati sul suo territorio. Peraltro, una tale interpretazione finirebbe per privare di effetto utile la direttiva in esame (sentenza *Laval un Partneri*, cit., punto 80).
- 34 Di conseguenza, e fatta salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante, in particolare nell'ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favorevole, il livello di protezione che deve essere garantito ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato membro ospitante è limitato, in linea di principio, a quello previsto dall'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, a meno che tali lavoratori non godano già, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro di origine, di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie previste da tale disposizione (sentenza *Laval un Partneri*, cit., punto 81). Ciò, tuttavia, non sembra verificarsi nella causa principale.
- 35 Da quanto precede risulta che uno Stato membro non ha il diritto di imporre, sulla base della direttiva 96/71, alle imprese stabilite in altri Stati membri, con un provvedimento come quello oggetto della causa principale, una tariffa salariale del genere di quella prevista dal contratto collettivo «Settore edilizio».
- 36 Siffatta interpretazione della direttiva 96/71 è confermata da una lettura della stessa alla luce dell'art. 49 CE, in quanto la direttiva in parola è diretta, segnatamente, a realizzare la libera prestazione dei servizi, che rientra nel novero delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.
- 37 Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 103 delle conclusioni, obbligando gli aggiudicatari di appalti pubblici di lavori e, indirettamente, i loro

subappaltatori ad applicare la retribuzione minima così come prevista dal contratto collettivo «Settore edilizio», una legge come quella del Land può imporre ai prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro, che applichi salari minimi inferiori, un onere economico supplementare, atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le loro prestazioni nello Stato ospitante. Pertanto, un provvedimento quale quello in discussione nella causa principale è tale da costituire una restrizione ai sensi dell'art. 49 CE.

- 38 Peraltro, contrariamente a quanto sostenuto dal Land Niedersachsen e da taluni governi che hanno presentato osservazioni alla Corte, un siffatto provvedimento non può essere considerato giustificato dall'obiettivo di tutela dei lavoratori.
- 39 Come constatato al punto 29 della presente sentenza, infatti, per quanto riguarda la tariffa salariale fissata da un contratto collettivo come quello oggetto della causa principale, quest'ultima, in base agli effetti di una normativa come la legge del Land, si estende solamente ad una parte del settore edilizio, in quanto, da un lato, detta normativa si applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati, e, dall'altro, il contratto collettivo di cui trattasi non è stato dichiarato di applicazione generale.
- 40 Orbene, dagli atti presentati alla Corte non si desume alcun elemento che consenta di concludere che la tutela derivante da una tale tariffa salariale, che, del resto, come altresì osservato dal giudice del rinvio, è superiore alla tariffa minima salariale applicabile in forza dell'AEntG, sia necessaria ad un lavoratore attivo nel settore dell'edilizia solamente qualora quest'ultimo sia occupato nel contesto di un appalto di lavori pubblici e non quando lavori nell'ambito di un appalto privato.
- 41 Per i medesimi motivi esposti supra ai punti 39 e 40, detta restrizione non può, a maggior ragione, essere considerata giustificata dall'obiettivo di tutelare l'organizzazione autonoma della vita professionale da parte dei sindacati cui fa riferimento il governo tedesco.
- 42 Infine, per quanto concerne l'obiettivo di stabilità finanziaria dei sistemi di sicurezza sociale, parimenti fatto valere dal governo tedesco sulla base del rilievo che l'efficacia di un sistema previdenziale dipenderebbe dal livello della retribuzione dei lavoratori, dagli atti presentati alla Corte non risulta che un provvedimento come quello di cui alla causa principale sia necessario per raggiungere l'obiettivo, relativamente al quale la Corte ha riconosciuto non potersi escludere che possa costituire un motivo imperativo di interesse generale, di evitare un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale (v., in particolare, sentenza 16 maggio 2006, causa C-372/04, Watts, Racc. pag. I- 4325, punto 103 e giurisprudenza ivi citata).

- 43 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la questione sottoposta nel senso che la direttiva 96/71, interpretata alla luce dell'art. 49 CE, osta, in circostanze come quelle della causa principale, ad un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione.

Sulle spese

- 44 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

La direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, interpretata alla luce dell'art. 49 CE, osta, in circostanze come quelle della causa principale, ad un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione.

Firme

* Lingua processuale: il tedesco.

SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)
19 giugno 2008 (*)

«Inadempimento di uno Stato – Distacco di lavoratori – Libera prestazione dei servizi – Direttiva 96/71/CE – Disposizioni di ordine pubblico – Riposo settimanale – Obbligo di presentare i documenti relativi a un distacco su semplice richiesta delle autorità nazionali – Obbligo di designare un mandatario ad hoc residente in Lussemburgo che conservi tutti i documenti necessari ai fini dei controlli»

Nella causa C-319/06,
avente ad oggetto un ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE,
proposto il 20 luglio 2006,
Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai sigg. J. Enegren e
G. Rozet, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

Granducato di Lussemburgo, rappresentato dal sig. C. Schiltz, in qualità di
agente,

convenuto,

LA CORTE (Prima Sezione),

composta dal sig. P. Jann, presidente di sezione, dai sigg. A. Tizzano, A. Borg
Barthet, M. Ilešič ed E. Levits (relatore), giudici,

avvocato generale: sig.ra V. Trstenjak

cancelliere: sig. R. Grass

vista la fase scritta del procedimento,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 13
settembre 2007,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con il suo ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di constatare che:

- dichiarando che le disposizioni di cui all'art. 1, n. 1, punti 1, 2, 8 e 11, della legge 20 dicembre 2002, recante norme per la trasposizione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, nonché per la disciplina del controllo sull'applicazione del

diritto del lavoro (*Mémorial A 2002*, pag. 3722; in prosieguo: la «legge 20 dicembre 2002»), costituiscono disposizioni imperative rientranti nell'ordine pubblico nazionale;

- avendo trasposto in modo incompleto le disposizioni di cui all'art. 3, n. 1, lett. a), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (GU 1997, L 18, pag. 1);
- enunciando, all'art. 7, n. 1, della legge 20 dicembre 2002, le condizioni relative all'accesso alle indicazioni essenziali indispensabili per un controllo da parte delle competenti autorità nazionali in modo privo della chiarezza necessaria per garantire la certezza del diritto alle imprese che intendano distaccare lavoratori in Lussemburgo, e
- imponendo, all'art. 8 della medesima legge, la conservazione in Lussemburgo, tra le mani di un mandatario ad hoc ivi residente, dei documenti necessari per il controllo,

il Granducato di Lussemburgo è venuto meno agli obblighi che gli incombono in forza dell'art. 3, nn. 1 e 10, della direttiva 96/71, nonché degli artt. 49 CE e 50 CE.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

2 Sotto la rubrica «Condizioni di lavoro e di occupazione», l'art. 3 della direttiva 96/71 prevede quanto segue:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono fissate:

- da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e/o
- da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del paragrafo 8, sempreché vertano sulle attività menzionate in allegato:
 - a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo;
 - b) durata minima delle ferie annuali retribuite;
 - c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria;

- d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo;
- e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro;
- f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani;
- g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.

Ai fini della presente direttiva, la nozione di tariffa minima salariale di cui al primo comma, lettera c) è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato.

(...)

10. La presente direttiva non osta a che gli Stati membri, nel rispetto del Trattato, impongano alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura:

- condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico;
- condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del paragrafo 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate dall'allegato».

3 In occasione dell'adozione della direttiva 96/71, la dichiarazione n. 10 relativa all'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva stessa (in prosieguo: la «dichiarazione n. 10») è stata inserita nei verbali del Consiglio dell'Unione europea nei termini seguenti:

«Il Consiglio e la Commissione dichiarano:

“Con il termine ‘disposizioni di ordine pubblico’ devono intendersi comprese le disposizioni vincolanti cui non si può derogare e che, per la loro natura ed il loro obiettivo, rispondono alle esigenze imperative dell'interesse pubblico. Dette disposizioni possono comprendere, in particolare, il divieto del lavoro forzato o il coinvolgimento di autorità pubbliche nella sorveglianza del rispetto della legislazione concernente le condizioni di lavoro”».

La normativa lussemburghese

4 L'art. 1 della legge 20 dicembre 2002 dispone:

«(1) Costituiscono disposizioni imperative di ordine pubblico nazionale – in particolare per quanto riguarda le norme di natura pattizia o contrattuale ai sensi della legge 27 marzo 1986 relativa all'attuazione della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali – e valgono come tali per tutti i lavoratori che esercitano un'attività nel Granducato di Lussemburgo, inclusi quelli ivi distaccati a titolo temporaneo, a prescindere dalla

durata e dalla natura del loro distacco, tutte le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, nonché tutte quelle derivanti da accordi collettivi dichiarati di applicazione generale o da decisioni arbitrali aventi un ambito di applicazione analogo a quello degli accordi collettivi di applicazione generale, riguardanti:

1. il contratto di lavoro scritto o il documento formato in base alla direttiva [del Consiglio] 14 ottobre 1991, 91/533/CEE, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro [(GU L 288, pag. 32)];
2. il salario sociale minimo e l'adeguamento automatico della retribuzione al costo della vita;
3. l'orario di lavoro e il periodo di riposo settimanale;
4. le ferie retribuite;
5. le ferie aziendali;
6. i giorni festivi legali;
7. la disciplina del lavoro interinale e della cessione temporanea di lavoratori;
8. la disciplina del lavoro a tempo parziale e dei contratti di lavoro a tempo determinato;
9. le misure di protezione relative alle condizioni di lavoro e di occupazione di bambini e giovani, nonché di gestanti e puerpere;
10. la non discriminazione;
11. gli accordi collettivi di lavoro;
12. l'inattività obbligatoria in base alla legislazione sulla disoccupazione dovuta a motivi tecnici o alle intemperie;
13. il lavoro clandestino o illegale, incluse le disposizioni sui permessi di lavoro per i lavoratori che non provengono da uno Stato membro dello Spazio economico europeo;
14. la sicurezza e la salute dei lavoratori sul luogo di lavoro in generale e, più in particolare, le prescrizioni sulla prevenzione degli infortuni dell'Associazione assicurativa contro gli infortuni emanate ai sensi dell'art. 154 del Codice delle assicurazioni sociali, nonché le prescrizioni minime in tema di sicurezza e di salute stabilite con regolamento granducale, da adottarsi previo parere obbligatorio del Consiglio di Stato e con l'accordo della Conferenza dei Presidenti della Camera dei deputati ai sensi dell'art. 14 della legge 17 giugno 1994 relativa alla sicurezza e alla salute dei lavoratori durante l'attività lavorativa.

(2) Le previsioni contenute nel primo paragrafo del presente articolo si applicano a tutti i lavoratori, senza riguardo alla loro cittadinanza, che sono alle dipendenze di qualsiasi impresa, a prescindere dalla nazionalità e dalla sede legale od effettiva di quest'ultima».

5 L'art. 2 della legge 20 dicembre 2002 recita:

«(1) Le disposizioni dell'art. 1 della presente legge si applicano anche alle imprese che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano

lavoratori nel territorio del Granducato di Lussemburgo, ad eccezione del personale navigante della marina mercantile marittima.

(2) Con il termine “distacco” ai sensi del paragrafo 1 che precede s’intendono le attività di seguito indicate, che vengono effettuate dalle imprese interessate, se ed in quanto durante il periodo del distacco esista un rapporto di lavoro tra l’impresa distaccante ed il lavoratore:

1. il distacco di un lavoratore, anche per un periodo breve o predeterminato, per conto e sotto la direzione delle imprese individuate al paragrafo 1 del presente articolo, nel territorio del Granducato di Lussemburgo, nell’ambito di un contratto concluso tra l’impresa distaccante ed il destinatario della prestazione di servizi stabilito o esercente la propria attività in Lussemburgo;
 2. il distacco di un lavoratore, anche per un periodo breve o predeterminato, nel territorio del Granducato di Lussemburgo, presso una filiale dell’impresa distaccante o presso un’impresa appartenente allo stesso gruppo di cui fa parte l’impresa distaccante;
 3. il distacco di un lavoratore, senza pregiudizio dell’applicazione della legge 19 maggio 1994 che disciplina il lavoro interinale e la cessione temporanea di lavoratori, da parte di un’impresa di lavoro interinale o nell’ambito di una cessione temporanea di lavoratori, presso un’impresa beneficiaria avente la propria sede o esercente la propria attività nel Granducato di Lussemburgo, anche per un periodo breve o predeterminato.
- (3) Per lavoratore distaccato si intende qualsiasi lavoratore che lavori abitualmente all’estero e che fornisca le proprie prestazioni di lavoro, per un periodo limitato, nel territorio del Granducato di Lussemburgo.
- (4) La nozione di “rapporto di lavoro” viene definita in conformità al diritto lussemburghese».

6 L’art. 7 della legge 20 dicembre 2002 dispone quanto segue:

«(1) Ai fini dell’applicazione della presente legge, un’impresa, anche avente la propria sede fuori del Granducato di Lussemburgo o esercitante abitualmente la propria attività fuori del territorio lussemburghese, della quale uno o più lavoratori forniscano le proprie prestazioni lavorative in Lussemburgo, inclusi quelli che sono oggetto di un distacco temporaneo in conformità a quanto previsto dagli artt. 1 e 2 della presente legge, deve, prima di iniziare i lavori, rendere accessibili all’Ispettorato del lavoro, a semplice richiesta e nel più breve termine possibile, le indicazioni essenziali indispensabili per un controllo, tra le quali in particolare:

- cognome, nome, data e luogo di nascita, stato civile, nazionalità e professione dei lavoratori;
- l’esatta qualificazione professionale dei lavoratori;
- la qualifica con la quale essi sono inseriti nell’impresa e l’attività che vi svolgono regolarmente;
- il domicilio ed, eventualmente, la residenza abituale dei lavoratori;

- eventualmente il permesso di soggiorno o di lavoro;
- il luogo o i luoghi di lavoro in Lussemburgo e la durata dei lavori;
- la copia del formulario E 101 o, eventualmente, l'indicazione precisa degli organismi di assicurazione sociale cui sono iscritti i lavoratori durante il loro soggiorno sul territorio lussemburghese;
- la copia del contratto di lavoro o del documento formato ai sensi della direttiva 14 ottobre 1991, 91/533/CEE, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro.

(2) Un regolamento granducale potrà successivamente precisare l'applicazione del presente articolo».

7 L'art. 8 della medesima legge recita:

«Qualsiasi impresa stabilita e avente la propria sede legale all'estero, ovvero non avente una sede stabile in Lussemburgo ai sensi della legge fiscale, uno o più lavoratori della quale esercitano, a qualsiasi titolo, un'attività lavorativa in Lussemburgo, è tenuta a conservare in Lussemburgo, presso un mandatario ad hoc ivi residente, i documenti necessari per il controllo degli obblighi che le incombono in applicazione della presente legge, in particolare dell'art. 7.

Tali documenti devono essere presentati nel più breve termine possibile all'Ispettorato del lavoro, a semplice richiesta di quest'ultimo. L'Ispettorato del lavoro deve essere informato in anticipo, a mezzo di raccomandata con ricevuta di ritorno da parte dell'impresa o del mandatario nominato ai sensi del comma che precede, in merito al luogo esatto di deposito dei documenti, al più tardi prima dell'inizio della prevista attività di lavoro dipendente».

Il procedimento precontenzioso

8 Con lettera di diffida in data 1° aprile 2004 la Commissione ha denunciato alle autorità lussemburghesi la possibile incompatibilità della legge 20 dicembre 2002 con il diritto comunitario. In particolare, tale legge:

- obbligherebbe le imprese con sede in un altro Stato membro che distaccano lavoratori in Lussemburgo a rispettare condizioni di lavoro e di occupazione che vanno oltre quanto prescritto dall'art. 3, nn. 1 e 10, della direttiva 96/71;
- non garantirebbe ai lavoratori distaccati, fatto salvo il riposo settimanale, il rispetto di nessun altro periodo di riposo (riposo giornaliero);
- sarebbe priva della chiarezza necessaria per garantire la certezza del diritto, in quanto obbliga le imprese che distaccano lavoratori in Lussemburgo a rendere accessibile all'Ispettorato del lavoro prima

dell'inizio dei lavori, su semplice richiesta e nel più breve tempo possibile le informazioni essenziali e indispensabili per un controllo, e

- limiterebbe la libera prestazione dei servizi, in quanto obbliga le imprese con sede legale al di fuori del territorio del Granducato di Lussemburgo, o prive di una stabile organizzazione in quest'ultimo Stato, a conservare tra le mani di un mandatario ad hoc residente in tale Stato membro i documenti necessari ai controlli.
- 9 Nella sua lettera di risposta del 30 agosto 2004 il Granducato di Lussemburgo ha sostenuto che le condizioni di lavoro e di occupazione oggetto della prima censura sollevata nella suddetta lettera di diffida rientravano nelle «disposizioni di ordine pubblico» previste dall'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71.
 - 10 Esso ha riconosciuto la fondatezza della seconda censura sollevata nella suddetta lettera di diffida.
 - 11 Per quanto riguarda la terza e la quarta censura contenute in questa medesima lettera, il detto Stato membro ha fatto presente, da un lato, che l'art. 7 della legge 20 dicembre 2002 non imporrebbe dichiarazioni preventive e, dall'altro, che l'obbligo di comunicare all'Ispettorato del lavoro il nome di un depositario che conservi i documenti richiesti dalla legge rappresenterebbe un requisito non discriminatorio, necessario per lo svolgimento dei controlli esercitati da tale organo.
 - 12 Reputando tali risposte insoddisfacenti, la Commissione ha riproposto le sue censure in un parere motivato in data 12 ottobre 2005, con cui ha invitato il Granducato di Lussemburgo a conformarsi agli obblighi ad esso incombenti nel termine di due mesi a decorrere dal ricevimento del parere stesso.
 - 13 Dopo aver chiesto una proroga del termine di sei settimane, il Granducato di Lussemburgo non ha ritenuto necessario rispondere al suddetto parere motivato.
 - 14 Di conseguenza, la Commissione ha proposto il presente ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE.

Sul ricorso

Sulla prima censura, relativa all'inesatta trasposizione dell'art. 3, nn. 1 e 10, della direttiva 96/71

Argomenti delle parti

- 15 Con la prima censura la Commissione sostiene che il Granducato di Lussemburgo ha trasposto in modo inesatto l'art. 3, nn. 1 e 10, della direttiva 96/71.
- 16 Più in particolare, la Commissione afferma che il Granducato di Lussemburgo, qualificando erroneamente come norme imperative rientranti nell'ordine pubblico nazionale le disposizioni nazionali relative agli ambiti individuati dalle prescrizioni controverse, obbligando quindi le imprese che distaccano lavoratori sul suo territorio a rispettarle, impone a tali imprese obblighi che vanno oltre quanto previsto dalla direttiva 96/71. Secondo la detta istituzione, la nozione di ordine pubblico di cui all'art. 3, n. 10, di tale direttiva non può essere determinata in modo unilaterale dal singolo Stato membro, in quanto questo non è libero di imporre unilateralmente tutte le disposizioni vincolanti del suo diritto del lavoro ai prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro.
- 17 In primo luogo, configurerebbe un obbligo del tipo suddetto quello imposto dall'art. 1, n. 1, punto 1, della legge 20 dicembre 2002, che consente di distaccare solo il personale vincolato all'impresa in base ad un contratto di lavoro scritto o ad un altro documento ritenuto equivalente ai sensi della direttiva 91/533.
- 18 A tale proposito, la Commissione rammenta che il controllo sul rispetto degli obblighi di cui alla direttiva 91/533 spetta comunque alle autorità dello Stato membro di stabilimento dell'impresa interessata che ha trasposto tale direttiva e non, nel caso di distacco, allo Stato membro ospitante.
- 19 In secondo luogo, per quanto attiene all'adeguamento automatico della retribuzione all'evoluzione del costo della vita, previsto dall'art. 1, n. 1, punto 2, della legge 20 dicembre 2002, la Commissione sostiene che la legislazione lussemburghese è in contrasto con la direttiva 96/71, la quale prevede una regolamentazione delle tariffe salariali da parte dello Stato membro ospitante unicamente per i salari minimi.
- 20 In terzo luogo, con riferimento al rispetto della disciplina del lavoro a tempo parziale e a tempo determinato prevista all'art. 1, n. 1, punto 8, della legge 20 dicembre 2002, la Commissione sostiene che, in base alla direttiva 96/71, non spetta allo Stato membro ospitante imporre la propria legislazione in tema di lavoro a tempo parziale e a tempo determinato alle imprese che distaccano i lavoratori sul suo territorio.
- 21 In quarto luogo, per quanto concerne l'obbligo di rispettare gli accordi collettivi di lavoro, previsto all'art. 1, n. 1, punto 11, della legge 20 dicembre 2002, la Commissione asserisce che atti appartenenti ad una categoria di atti in quanto

tale non possono costituire, indipendentemente dal loro contenuto, disposizioni imperative rientranti nell'ordine pubblico nazionale.

- 22 Il Granducato di Lussemburgo afferma che le prescrizioni oggetto della prima censura della Commissione si riferiscono tutte a disposizioni imperative rientranti nell'ordine pubblico nazionale ai sensi dell'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71. Esso sostiene, a tale proposito, da un lato, che la dichiarazione n. 10 non può essere dotata di alcun valore giuridico vincolante e, dall'altro, che la nozione di disposizioni di ordine pubblico comprende tutte le disposizioni che, ad avviso dello Stato ospitante, rispondono a esigenze imperative dell'interesse pubblico. Inoltre, il Granducato di Lussemburgo fa riferimento al procedimento legislativo che ha portato all'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 12 dicembre 2006, 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno (GU L 376, pag. 36).

Giudizio della Corte

– Osservazioni preliminari

- 23 In via preliminare, per rispondere all'argomento principale di difesa avanzato dal Granducato di Lussemburgo, occorre sottolineare che la direttiva 2006/123, ai sensi del suo art. 3, n. 1, lett. a), non mira a sostituire la direttiva 96/71, in quanto, in caso di conflitto, quest'ultima prevale sulla prima. Il detto Stato membro non può pertanto trarre spunto dal procedimento legislativo che ha portato all'adozione della direttiva 2006/123 per sostenere l'interpretazione di una disposizione della direttiva 96/71 che esso difende.
- 24 Dal tredicesimo 'considerando' della direttiva 96/71 risulta che le legislazioni degli Stati membri devono essere coordinate per definire un nucleo di norme imperative di protezione minima cui deve attenersi, nello Stato ospitante, il datore di lavoro che distacca dipendenti (v. sentenza 18 dicembre 2007, causa C-341/05, Laval un Partneri, Racc. pag. I-11767, punto 59).
- 25 L'art. 3, n. 1, primo comma, di tale direttiva dispone dunque che gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese con sede in un altro Stato membro che distaccano lavoratori nel loro territorio nell'ambito di una prestazione di servizi transfrontaliera garantiscano ai lavoratori distaccati le condizioni di lavoro e di occupazione, relative alle materie indicate nel medesimo articolo, che sono fissate nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro (sentenza 18 luglio 2007, causa C-490/04, Commissione/Germania, Racc. pag. I-6095, punto 18).

- 26 A tal fine, la detta disposizione elenca in maniera tassativa le materie nelle quali gli Stati membri possono dare prevalenza alle norme in vigore nello Stato membro ospitante.
- 27 Tuttavia l'art. 3 della direttiva 96/71, al n. 10, primo trattino, riconosce agli Stati membri la possibilità, nel rispetto del Trattato CE, di imporre in modo non discriminatorio alle imprese che distaccano lavoratori sul loro territorio condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al n. 1, primo comma, del medesimo articolo, laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico.
- 28 Come risulta dall'art. 1, n. 1, della legge 20 dicembre 2002, secondo il quale le disposizioni di cui ai punti 1-14 di tale paragrafo costituiscono disposizioni imperative rientranti nell'ordine pubblico nazionale, il Granducato di Lussemburgo ha inteso avvalersi dell'art. 3, n. 10, primo trattino, della suddetta direttiva.
- 29 A tale proposito si deve ricordare che le disposizioni nazionali qualificate da uno Stato membro come norme imperative di applicazione necessaria sono le disposizioni la cui osservanza è stata reputata cruciale per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporre il rispetto a chiunque si trovi nel territorio nazionale di tale Stato membro o a qualunque rapporto giuridico localizzato nel suo territorio (sentenza 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade e a.*, Racc. pag. I-8453, punto 30).
- 30 Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dal Granducato di Lussemburgo, l'eccezione attinente all'ordine pubblico costituisce una deroga al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi, da intendersi in modo restrittivo e la cui portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri (v., in materia di libera circolazione delle persone, sentenza 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione/Spagna*, Racc. pag. I-1097, punto 45).
- 31 Nell'ambito della direttiva 96/71, l'art. 3, n. 10, primo trattino, della stessa costituisce una deroga al principio in base al quale le materie in cui lo Stato membro ospitante può imporre la propria legislazione alle imprese che distaccano lavoratori sul suo territorio sono elencate in maniera tassativa all'art. 3, n. 1, primo comma, della suddetta direttiva. Di conseguenza, la prima disposizione sopra indicata deve essere interpretata restrittivamente.
- 32 Peraltro la dichiarazione n. 10 – in merito alla quale l'avvocato generale ha giustamente rilevato, al paragrafo 45 delle sue conclusioni, che essa può rappresentare un ausilio nell'interpretazione dell'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71 – afferma che con l'espressione «disposizioni di ordine

pubblico» devono intendersi comprese le disposizioni vincolanti cui non si può derogare e che, per la loro natura ed il loro obiettivo, rispondono alle esigenze imperative dell'interesse pubblico.

- 33 In ogni caso, la suddetta norma della direttiva 96/71 dispone che il richiamo alla possibilità ivi prevista non esonera gli Stati membri dal rispettare gli obblighi che incombono loro in forza del Trattato, in particolare quelli relativi alla libera prestazione dei servizi, la cui promozione è sottolineata al quinto 'considerando' di tale direttiva.
- 34 È alla luce di tali considerazioni che occorre esaminare le prescrizioni di cui all'art. 1, n. 1, della legge 20 dicembre 2002, delle quali la Commissione contesta la qualificazione come disposizioni imperative rientranti nell'ordine pubblico nazionale.
- Quanto alla prescrizione relativa al contratto di lavoro scritto o al documento formato ai sensi della direttiva 91/533, stabilita dall'art. 1, n. 1, punto 1, della legge 20 dicembre 2002
- 35 In via preliminare è necessario sottolineare che tale prescrizione concerne una materia che non compare nell'elenco di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, della direttiva 96/71.
- 36 Il Granducato di Lussemburgo sostiene, da un lato, che la prescrizione contestata si limita a richiamare gli obblighi imposti dagli artt. 2 e 3 della direttiva 91/533 e, dall'altro, che essa rientra nell'ordine pubblico in quanto ha come obiettivo la protezione dei lavoratori.
- 37 Come evidenziato dal secondo 'considerando' della direttiva 91/533, la necessità di sottoporre i rapporti di lavoro a requisiti di forma è fondamentale per meglio tutelare i lavoratori dipendenti da un'eventuale mancata conoscenza dei loro diritti e per offrire una maggiore trasparenza sul mercato del lavoro.
- 38 Tuttavia, dall'art. 9, n. 1, della suddetta direttiva risulta anche che gli Stati membri adottano le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva medesima.
- 39 Di conseguenza, tutti i datori di lavoro, compresi quelli che procedono al distacco di lavoratori, come previsto dall'art. 4, n. 1, della direttiva 91/533, sono soggetti agli obblighi imposti da tale direttiva in forza della legislazione dello Stato membro nel quale sono stabiliti.
- 40 È quindi giocoforza constatare che il rispetto del requisito previsto all'art. 1, n. 1, punto 1, della legge 20 dicembre 2002 è garantito dallo Stato membro di origine dei lavoratori distaccati.

- 41 La disposizione contestata ha pertanto l'effetto di imporre alle imprese che distaccano lavoratori in Lussemburgo un obbligo che ad esse già incombe nello Stato membro in cui sono stabilite. D'altronde, l'obiettivo della direttiva 96/71, che consiste nel garantire il rispetto di un nucleo minimo di norme di protezione dei lavoratori, rende a fortiori superflua l'esistenza di un siffatto obbligo supplementare il quale, in considerazione delle procedure che comporta, può dissuadere le imprese con sede in un altro Stato membro dall'esercitare la loro libertà di prestazione dei servizi.
- 42 Orbene, se invero, per costante giurisprudenza, il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano le loro leggi o gli accordi collettivi di lavoro stipulati dalle parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, ancorché temporaneo, indipendentemente dallo Stato membro in cui è stabilito il datore di lavoro, resta il fatto che tale facoltà è subordinata alla condizione che i lavoratori interessati, che svolgono temporaneamente attività lavorativa nello Stato membro ospitante, non godano già della stessa protezione, o di una protezione sostanzialmente analoga, in virtù degli obblighi ai quali il loro datore di lavoro è già soggetto nello Stato membro in cui è stabilito (v., in tal senso, sentenza 21 ottobre 2004, causa C-445/03, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-10191, punto 29 e la giurisprudenza ivi citata).
- 43 In particolare, la Corte ha già statuito che la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate da ragioni imperative d'interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito (v. sentenze *Arblade e a.*, cit., punto 34, nonché 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, causa C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte e a.*, Racc. pag. I-7831, punto 31).
- 44 Poiché tale interesse risulta tutelato per quanto attiene alla protezione dei lavoratori garantita dalla direttiva 91/533 e invocata dal Granducato di Lussemburgo, si deve constatare che la prescrizione di cui all'art. 1, n. 1, punto 1, della legge 20 dicembre 2002 non è conforme all'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71, in quanto non è imposta nel rispetto del Trattato.
- Quanto alla prescrizione relativa all'adeguamento automatico della retribuzione all'evoluzione del costo della vita di cui all'art. 1, n. 1, punto 2, della legge 20 dicembre 2002
- 45 Dal ricorso proposto dalla Commissione emerge che quest'ultima non contesta il fatto che i salari minimi siano indicizzati in base al costo della vita, dato che tale prescrizione è incontrovertibilmente riconducibile, come fa osservare il

Granducato di Lussemburgo, all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. c), della direttiva 96/71, bensì il fatto che tale indicizzazione riguarda tutte le retribuzioni, comprese quelle che non rientrano nella categoria dei salari minimi.

- 46 Il Granducato di Lussemburgo sostiene tuttavia che tale disposizione della direttiva 96/71 consentirebbe implicitamente allo Stato membro ospitante di imporre il proprio sistema di fissazione di tutti i salari alle imprese che effettuano un distacco di lavoratori sul suo territorio.
- 47 A tale proposito occorre sottolineare che il legislatore comunitario, mediante l'art. 3, n. 1, primo comma, lett. c), della direttiva 96/71, ha inteso limitare la facoltà d'intervento degli Stati membri, in materia di salari, all'ambito delle tariffe minime salariali. Ne risulta che la prescrizione della legge 20 dicembre 2002 relativa all'adeguamento automatico dei salari diversi dai salari minimi all'evoluzione del costo della vita non rientra nelle materie elencate all'art. 3, n. 1, primo comma, della direttiva 96/71.
- 48 Il Granducato di Lussemburgo sostiene tuttavia che l'art. 1, n. 1, punto 2, della legge 20 dicembre 2002 è volto a garantire la pace sociale in Lussemburgo e che, per tale motivo, costituisce una disposizione di ordine pubblico ai sensi dell'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71, proteggendo i lavoratori dagli effetti dell'inflazione.
- 49 A tale proposito occorre rammentare che tale disposizione della direttiva 96/71 concede allo Stato membro ospitante la possibilità di imporre alle imprese che effettuano un distacco di lavoratori sul suo territorio condizioni di lavoro e di occupazione relative a materie diverse da quelle elencate all'art. 3, n. 1, primo comma, della medesima direttiva, purché si tratti di disposizioni di ordine pubblico. Pertanto tale riserva, prevista all'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71, rappresenta un'eccezione al sistema realizzato da quest'ultima, nonché una deroga al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi sul quale tale direttiva si fonda, e deve essere interpretata restrittivamente.
- 50 Infatti, la Corte ha già avuto occasione di precisare che, se certo gli Stati membri restano essenzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali, le norme di ordine pubblico, tuttavia, nel contesto comunitario e, in particolare, in quanto giustificazione di una deroga al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi, tale nozione deve essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni della Comunità europea (v., in tal senso, sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, Omega, Racc. pag. I-9609, punto 30). Ne deriva che l'ordine pubblico può essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno

degli interessi fondamentali della collettività (v. sentenza 14 marzo 2000, causa C-54/99, *Église de scientologie*, Racc. pag. I-1335, punto 17).

- 51 È necessario ricordare che le ragioni che possono essere addotte da uno Stato membro al fine di giustificare una deroga al principio della libera prestazione dei servizi devono essere corredate di un'analisi dell'opportunità e della proporzionalità della misura restrittiva adottata da tale Stato, nonché di elementi circostanziati che consentano di suffragare la sua argomentazione (v., in tal senso, sentenza 7 giugno 2007, causa C-254/05, *Commissione/Belgio*, Racc. pag. I-4269, punto 36 e la giurisprudenza ivi citata).
- 52 Pertanto, per permettere alla Corte di valutare se le misure in questione siano necessarie e proporzionate rispetto all'obiettivo di tutela dell'ordine pubblico, il Granducato di Lussemburgo avrebbe dovuto produrre elementi che consentano di stabilire se e in che misura l'applicazione ai lavoratori distaccati in Lussemburgo della prescrizione relativa all'adeguamento automatico dei salari all'evoluzione del costo della vita possa contribuire alla realizzazione del suddetto obiettivo.
- 53 Nella fattispecie è tuttavia giocoforza constatare che il Granducato di Lussemburgo si è limitato a richiamare in modo generico gli obiettivi di protezione del potere d'acquisto dei lavoratori e di pace sociale, senza addurre alcun elemento che consenta di valutare la necessità e la proporzionalità delle misure adottate.
- 54 Di conseguenza, il Granducato di Lussemburgo non ha validamente dimostrato che l'art. 1, n. 1, punto 2, della legge 20 dicembre 2002 rientri nelle disposizioni di ordine pubblico, ai sensi dell'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71.
- 55 Pertanto, tale Stato membro non può avvalersi dell'eccezione attinente all'ordine pubblico di cui all'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71 per imporre alle imprese che effettuano un distacco di lavoratori sul suo territorio la prescrizione relativa all'adeguamento automatico dei salari diversi dai salari minimi all'evoluzione del costo della vita.
- Quanto alla prescrizione relativa alla disciplina del lavoro a tempo parziale e a tempo determinato prevista all'art. 1, n. 1, punto 8, della legge 20 dicembre 2002
- 56 Il Granducato di Lussemburgo sostiene che tale disposizione è diretta ad assicurare la protezione dei lavoratori garantendo il principio della parità di trattamento e di retribuzione tra i lavoratori a tempo pieno e quelli a tempo parziale, sancito dalle direttive del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/81/CE, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES (GU L 14, pag. 9), e del Consiglio 28 giugno 1999,

1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GU L 175, pag. 43).

- 57 È d'uopo sottolineare che la prescrizione sopra indicata è riconducibile ad una materia non menzionata nell'elenco di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, della direttiva 96/71.
- 58 È pacifico che gli obblighi derivanti dall'art. 1, n. 1, punto 8, della legge 20 dicembre 2002 possono pregiudicare, in considerazione delle restrizioni che li accompagnano, l'esercizio della libertà di prestazione dei servizi da parte delle imprese che intendano distaccare lavoratori in Lussemburgo.
- 59 A questo proposito è giocoforza constatare che, ai sensi dell'art. 2, n. 1, delle direttive 97/81 e 1999/70, spettava agli Stati membri attuare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi a tali direttive.
- 60 Pertanto, dal momento che il rispetto della prescrizione dettata dalla disposizione nazionale controversa è oggetto di controllo nello Stato membro in cui ha sede l'impresa che intende distaccare lavoratori in Lussemburgo, per gli stessi motivi esposti ai punti 41-43 della presente sentenza il Granducato di Lussemburgo non può avvalersi dell'eccezione attinente all'ordine pubblico di cui all'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71 per giustificare la norma nazionale controversa.
- 61 Ne consegue che l'art. 1, n. 1, punto 8, della legge 20 dicembre 2002 non è conforme all'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71.
- Quanto alla prescrizione relativa alle disposizioni imperative di diritto nazionale in materia di contratti collettivi di lavoro di cui all'art. 1, n. 1, punto 11, della legge 20 dicembre 2002
- 62 L'art. 3, n. 1, primo comma, della direttiva 96/71 definisce gli strumenti che stabiliscono le condizioni di lavoro e di occupazione dello Stato membro ospitante relative alle materie elencate in tale medesimo paragrafo, lett. a)-g), che sono garantite ai lavoratori distaccati. Il secondo trattino di tale disposizione verte in particolare sugli accordi collettivi di lavoro dichiarati di applicazione generale.
- 63 Conformemente alla suddetta disposizione, l'art. 1, n. 1, della legge 20 dicembre 2002 dispone che costituiscono disposizioni imperative di ordine pubblico nazionale le disposizioni derivanti, segnatamente, da accordi collettivi dichiarati di applicazione generale riguardanti le materie elencate ai punti 1-14 del medesimo art. 1, n. 1. Al punto 11 sono citate le disposizioni concernenti gli accordi collettivi di lavoro.

- 64 Tuttavia, tale disposizione non può costituire un'eccezione attinente all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71.
- 65 In primo luogo, nulla giustifica il fatto che le disposizioni riguardanti gli accordi collettivi di lavoro, ossia quelle che ne disciplinano l'elaborazione e l'attuazione, possano rientrare, di per se stesse e senza ulteriori precisazioni, nella nozione di ordine pubblico.
- 66 Ciò vale parimenti, in secondo luogo, per le disposizioni propriamente dette di tali accordi collettivi, che non possono neanche esse rientrare tutte indistintamente in tale nozione per il semplice fatto di essere contenute in questo tipo di atti.
- 67 In terzo luogo, il Granducato di Lussemburgo non può sostenere la tesi secondo cui l'art. 1, n. 1, punto 11, della legge 20 dicembre 2002 concretizza, in ultima analisi, l'autorizzazione concessa agli Stati membri ai sensi dell'art. 3, n. 10, secondo trattino, della direttiva 96/71. Infatti, tale disposizione si riferisce esclusivamente alle condizioni di lavoro e di occupazione fissate da accordi collettivi di lavoro dichiarati di applicazione generale. Orbene, non è questo il caso del suddetto art. 1, n. 1, punto 11, che contempla espressamente, e in opposizione alla frase introduttiva di tale medesimo art. 1, i semplici accordi collettivi di lavoro.
- 68 L'art. 1, n. 1, punto 11, della legge 20 dicembre 2002 non è pertanto conforme all'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva 96/71.
- 69 Di conseguenza, da quanto precede risulta la fondatezza della prima censura sollevata dalla Commissione.
Sulla seconda censura, avente ad oggetto l'incompleta trasposizione dell'art. 3, n. 1, lett. a), della direttiva 96/71, relativo al rispetto dei periodi massimi di lavoro e dei periodi minimi di riposo
Argomenti delle parti
- 70 Con la seconda censura la Commissione addebita al Granducato di Lussemburgo l'incompleta trasposizione dell'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a), della direttiva 96/71, relativo al rispetto dei periodi massimi di lavoro e dei periodi minimi di riposo.
- 71 Il Granducato di Lussemburgo ha riconosciuto la fondatezza di tale censura segnalando di aver adottato l'art. 4 della legge 19 maggio 2006 che modifica la legge 20 dicembre 2002 (*Mémorial* A 2006, pag. 1806) al fine di rendere la legislazione nazionale conforme alle disposizioni comunitarie pertinenti.
Giudizio della Corte
- 72 Si deve ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, l'esistenza di un inadempimento dev'essere valutata in funzione della situazione dello Stato

membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato, e che non possono essere prese in considerazione dalla Corte modifiche intervenute successivamente (v., in particolare, sentenze 14 settembre 2004, causa C-168/03, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-8227, punto 24; 14 luglio 2005, causa C-433/03, Commissione/Germania, Racc. pag. I-6985, punto 32, e 27 settembre 2007, causa C-354/06, Commissione/Lussemburgo, punto 7).

73 Orbene, nel caso di specie è pacifico che alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato il Granducato di Lussemburgo non aveva adottato le misure necessarie per garantire la trasposizione completa dell'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a), della direttiva 96/71 nel suo ordinamento giuridico nazionale.

74 Di conseguenza, la seconda censura sollevata dalla Commissione risulta fondata.
Sulla terza censura, avente ad oggetto la violazione dell'art. 49 CE a causa della mancanza di chiarezza delle modalità di controllo previste dall'art. 7, n. 1, della legge 20 dicembre 2002
Argomenti delle parti

75 Con la terza censura la Commissione asserisce che l'art. 7, n. 1, della legge 20 dicembre 2002 potrebbe comportare, a causa della sua mancanza di chiarezza, una situazione di incertezza giuridica per le imprese che intendano distaccare lavoratori in Lussemburgo. Pertanto, l'obbligo incombente a tutte le imprese di rendere accessibile all'Ispettorato del lavoro prima dell'inizio dei lavori, su semplice richiesta e nel più breve termine possibile, le indicazioni essenziali indispensabili per un controllo presenterebbe affinità, nel caso di distacco, con un onere di denuncia preventiva incompatibile con l'art. 49 CE. Tuttavia, anche se così non fosse, occorrerebbe modificare il testo della disposizione controversa per eliminare qualsiasi ambiguità a livello giuridico.

76 Il Granducato di Lussemburgo considera che il testo dell'art. 7, n. 1, della legge 20 dicembre 2002 sia sufficientemente chiaro e che, in ogni caso, non imponga alcun obbligo di denuncia preventiva. A tale proposito, esso rileva che mettere a disposizione indicazioni indispensabili per un controllo «prima di iniziare i lavori» significa che le suddette informazioni possono essere comunicate il giorno del loro inizio.
Giudizio della Corte

77 In primo luogo occorre constatare che, poiché la legge 20 dicembre 2002 non prevede nessun'altra trasmissione di informazioni tra l'impresa che distacca lavoratori e l'Ispettorato del lavoro, è difficile concepire in che modo quest'ultimo potrebbe richiedere indicazioni a tale impresa prima dell'inizio dei lavori, non potendo l'organo suddetto avere notizia della presenza di tale impresa sul territorio lussemburghese senza che questa abbia previamente annunciato in

qualsivoglia forma il suo arrivo. Pertanto, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 76 delle sue conclusioni, si pone la questione del ruolo spettante all'impresa che intenda distaccare lavoratori, ruolo necessariamente antecedente a qualsiasi richiesta di informazioni proveniente all'Ispettorato del lavoro e che, in ogni caso, non è definito dalla legge 20 dicembre 2002.

78 In tal senso, l'interpretazione attribuita dal Granducato di Lussemburgo all'espressione «prima di iniziare i lavori», che compare all'art. 7, n. 1, della suddetta legge, non può essere ritenuta pertinente. È infatti evidente che tale espressione non significa soltanto che le informazioni devono essere fornite il giorno stesso dell'inizio dei lavori, ma consente altresì di prendere in considerazione un periodo più o meno esteso precedente a tale data.

79 In secondo luogo, e come peraltro rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 74 delle sue conclusioni, dalle disposizioni della legge 4 aprile 1974 relativa alla riorganizzazione dell'Ispettorato del lavoro (*Mémorial A* 1974, pag. 486) – alla quale si fa riferimento all'art. 9, n. 2, della legge 20 dicembre 2002 per la definizione del potere di controllo di tale autorità amministrativa – e, in particolare, dagli artt. 13-17 della detta legge del 4 aprile 1974 risulta che l'Ispettorato del lavoro può ordinare l'arresto immediato delle attività del lavoratore distaccato se il datore di lavoro di questo non si conforma all'ingiunzione di rilascio di informazioni ad esso rivolta. Peraltro, l'art. 28 della suddetta legge prevede che l'inosservanza di tale obbligo può comportare procedimenti penali nei confronti dell'impresa interessata.

80 Tenendo conto di tali elementi, occorre sottolineare che il procedimento di denuncia preventiva che un'impresa deve seguire qualora intenda distaccare lavoratori sul territorio lussemburghese non è privo di ambiguità.

81 Orbene, tali ambiguità che caratterizzano l'art. 7, n. 1, della legge 20 dicembre 2002 possono dissuadere le imprese che intendano distaccare lavoratori in Lussemburgo dall'esercitare la loro libertà di prestazione dei servizi. Infatti, da un lato, la portata dei diritti e degli obblighi di tali imprese non risulta chiaramente dalla detta disposizione. Dall'altro, le imprese che non hanno osservato gli obblighi previsti da quest'ultima incorrono in sanzioni di una certa gravità.

82 Di conseguenza, poiché l'art. 7, n. 1, della legge 20 dicembre 2002 è incompatibile con l'art. 49 CE a causa della sua mancanza di chiarezza e delle ambiguità che comporta, la terza censura sollevata dalla Commissione è fondata.
Sulla quarta censura, avente ad oggetto la violazione dell'art. 49 CE a causa dell'obbligo, per le imprese interessate, di designare un mandatario ad hoc residente in Lussemburgo ai fini della conservazione dei documenti necessari ai controlli esercitati dalle competenti autorità nazionali

Argomenti delle parti

83 Con la quarta censura la Commissione afferma che, obbligando le imprese con sede legale fuori del territorio lussemburghese che distaccano lavoratori in tale territorio a depositare presso un mandatario ad hoc residente in Lussemburgo, prima dell'inizio del distacco, i documenti necessari per il controllo degli obblighi ad esse incombenti in applicazione della legge 20 dicembre 2002 e a lasciarveli per un periodo di tempo indeterminato successivo alla fine della prestazione, l'art. 8 di tale legge costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi. Infatti, il sistema di cooperazione e di scambio di informazioni previsto all'art. 4 della direttiva 96/71 renderebbe superfluo tale obbligo.

84 Il Granducato di Lussemburgo fa presente, innanzitutto, che il meccanismo di cooperazione al quale la Commissione si riferisce non permette alle autorità amministrative competenti di effettuare controlli ordinari con la necessaria efficienza. Esso precisa inoltre che la disposizione nazionale controversa non impone alcuna forma giuridica specifica per la funzione di mandatario. Infine, fermo restando il deposito dei documenti necessari per il controllo presso un mandatario per un periodo successivo al distacco, il deposito di tali documenti sarebbe richiesto soltanto il giorno stesso dell'inizio della prestazione di cui trattasi.

Giudizio della Corte

85 È indubbio che l'obbligo previsto all'art. 8 della legge 20 dicembre 2002 comporta oneri amministrativi e finanziari supplementari per le imprese stabilite in un altro Stato membro, di guisa che queste ultime, sotto il profilo della concorrenza, non si trovano sullo stesso piano rispetto ai datori di lavoro stabiliti nello Stato membro ospitante e possono essere dissuase dal fornire prestazioni in quest'ultimo Stato membro.

86 Infatti, da un lato, la disposizione contestata prevede che il mandatario presso il quale sono depositati i documenti necessari risieda in Lussemburgo.

87 Dall'altro, la suddetta disposizione stabilisce un obbligo di conservazione dei documenti relativi, segnatamente, ai dati elencati all'art. 7 della legge 20 dicembre 2002, senza tuttavia definire il periodo di tempo durante il quale tali documenti devono essere conservati e senza specificare se tale obbligo riguardi soltanto il periodo successivo alla fornitura della prestazione o anche un periodo precedente l'inizio della prestazione.

88 Onde giustificare tale restrizione alla libera prestazione dei servizi, il Granducato di Lussemburgo adduce la necessità di consentire un controllo effettivo del rispetto della normativa del lavoro da parte dell'Ispettorato del lavoro.

- 89 A tale proposito la Corte ha dichiarato che l'efficace protezione dei lavoratori può rendere necessario tenere a disposizione alcuni documenti nel luogo della prestazione o, quanto meno, in un luogo accessibile e chiaramente identificato del territorio dello Stato membro ospitante per le autorità di tale Stato incaricate di effettuare i controlli (v., in tal senso, sentenza *Arblade e a.*, cit., punto 61).
- 90 La Corte ha nondimeno aggiunto, al punto 76 della citata sentenza *Arblade e a.*, che, ove si tratti di un obbligo di tenere a disposizione e di conservare taluni documenti presso il domicilio di una persona fisica residente nello Stato membro ospitante, che li tenga in quanto incaricato o mandatario del datore di lavoro che lo ha designato, anche dopo che il datore di lavoro ha cessato di occupare lavoratori in tale Stato, non basta, per giustificare una simile restrizione alla libera prestazione dei servizi, che la presenza di tali documenti sul territorio dello Stato membro ospitante possa genericamente agevolare l'adempimento del compito di controllo delle autorità di tale Stato. È necessario anche che le autorità non siano in grado di adempiere in modo efficace il loro compito di controllo senza che l'impresa disponga, in tale Stato membro, di un mandatario o incaricato che conservi i detti documenti. A questo proposito la Corte ha dichiarato che un obbligo di conservazione dei documenti presso una persona fisica residente sul territorio dello Stato membro ospitante non può trovare giustificazione (v. sentenza *Arblade e a.*, cit., punto 77).
- 91 Nella fattispecie, il Granducato di Lussemburgo non ha presentato alcun elemento concreto a sostegno della tesi secondo la quale solo la conservazione dei documenti in questione presso un mandatario residente in Lussemburgo consentirebbe alle suddette autorità di effettuare i controlli di loro competenza. In ogni caso, la designazione di un lavoratore presente sul luogo della prestazione di servizi affinché i documenti necessari per il controllo siano messi a disposizione delle competenti autorità nazionali costituirebbe una misura meno restrittiva della libera prestazione dei servizi ed efficace tanto quanto l'obbligo contestato.
- 92 Del resto, giova ricordare che la Corte ha sottolineato, al punto 79 della citata sentenza *Arblade e a.*, che il sistema organizzato di cooperazione o di scambio di informazioni tra Stati membri previsto dall'art. 4 della direttiva 96/71 rende superflua la conservazione di tali documenti nello Stato membro ospitante dopo che il datore di lavoro ha cessato di occuparvi i lavoratori.
- 93 Di conseguenza, il Granducato di Lussemburgo non può imporre alle imprese che distaccano lavoratori di fare tutto il necessario per conservare i suddetti documenti sul territorio lussemburghese una volta conclusa la fornitura della prestazione di servizi.

- 94 Ergo, non si può nemmeno imporre che questi stessi documenti vengano conservati da un mandatario residente in Lussemburgo, in quanto, essendo l'impresa interessata fisicamente presente sul territorio lussemburghese durante l'esecuzione della prestazione di servizi, i documenti in questione possono essere conservati tra le mani di un lavoratore distaccato.
- 95 Infine, occorre sottolineare che, se è vero che l'art. 8, n. 2, della legge 20 dicembre 2002 non prevede esplicitamente l'obbligo di conservare in Lussemburgo i documenti necessari al controllo prima dell'inizio dei lavori, tale disposizione precisa però che l'identità del mandatario deve essere comunicata alle autorità competenti al più tardi prima dell'inizio della prevista attività di lavoro dipendente. Pertanto, l'interpretazione difesa dal Granducato di Lussemburgo, secondo la quale tali documenti dovrebbero essere disponibili soltanto il giorno dell'inizio dei lavori, non trova fondamento nella disposizione controversa. In ogni caso, tale obbligo di conservazione dei suddetti documenti prima dell'inizio dei lavori costituirebbe un ostacolo alla libera prestazione dei servizi che il Granducato di Lussemburgo dovrebbe giustificare con argomenti diversi da semplici dubbi in merito all'efficacia del sistema organizzato di cooperazione o di scambio di informazioni tra Stati membri previsto dall'art. 4 della direttiva 96/71.
- 96 Da quanto esposto finora risulta che, poiché l'art. 8 della legge 20 dicembre 2002 è incompatibile con l'art. 49 CE, il ricorso va accolto nella sua interezza.
- 97 Di conseguenza, occorre constatare che:
- dichiarando che le disposizioni di cui all'art. 1, n. 1, punti 1, 2, 8 e 11, della legge 20 dicembre 2002 costituiscono disposizioni imperative rientranti nell'ordine pubblico nazionale,
 - avendo trasposto in modo incompleto le disposizioni dell'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a), della direttiva 96/71,
 - enunciando, all'art. 7, n. 1, della legge 20 dicembre 2002, le condizioni relative all'accesso alle indicazioni essenziali indispensabili per un controllo da parte delle competenti autorità nazionali in modo privo della chiarezza necessaria per garantire la certezza del diritto alle imprese che intendano distaccare lavoratori in Lussemburgo, e
 - imponendo, all'art. 8 della medesima legge, la conservazione in Lussemburgo, tra le mani di un mandatario ad hoc ivi residente, dei documenti necessari al controllo,
- il Granducato di Lussemburgo è venuto meno agli obblighi che gli incombono in forza dell'art. 3, n. 1, della direttiva 96/71, letto in combinato disposto con il paragrafo 10 del medesimo articolo, nonché degli artt. 49 CE e 50 CE.

Sulle spese

- 98 A norma dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ne ha chiesto la condanna, il Granducato di Lussemburgo, rimasto soccombente, va condannato alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara e statuisce:

1) Il Granducato di Lussemburgo,

- **dichiarando che le disposizioni di cui all'art. 1, n. 1, punti 1, 2, 8 e 11, della legge 20 dicembre 2002, recante norme per la trasposizione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, nonché per la disciplina del controllo sull'applicazione del diritto del lavoro, costituiscono disposizioni imperative rientranti nell'ordine pubblico nazionale,**
- **avendo trasposto in modo incompleto le disposizioni di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi,**
- **enunciando, all'art. 7, n. 1, della citata legge 20 dicembre 2002, le condizioni relative all'accesso alle indicazioni essenziali indispensabili per un controllo da parte delle competenti autorità nazionali in modo privo della chiarezza necessaria per garantire la certezza del diritto alle imprese che intendano distaccare lavoratori in Lussemburgo, e**
- **imponendo, all'art. 8 della suddetta legge, la conservazione in Lussemburgo, tra le mani di un mandatario ad hoc ivi residente, dei documenti necessari per il controllo,**
è venuto meno agli obblighi che gli incombono in forza dell'art. 3, n. 1, della direttiva 96/71, letto in combinato disposto con il paragrafo 10 del medesimo articolo, nonché degli artt. 49 CE e 50 CE.

2) Il Granducato di Lussemburgo è condannato alle spese.

Firme

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

15 luglio 2010 (*)

«Inadempimento di uno Stato – Direttive 92/50/CEE e 2004/18/CE – Appalti pubblici di servizi – Previdenza complementare aziendale dei pubblici dipendenti del comparto dei comuni e degli enti comunali – Attribuzione diretta di contratti, senza gara d'appalto a livello dell'Unione, ad organismi assicurativi designati in un accordo collettivo concluso tra parti sociali»

Nella causa C-271/08,

avente ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE, proposto il 24 giugno 2008,

Commissione europea, rappresentata dai sigg. G. Wilms e D. Kukovec, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

Repubblica federale di Germania, rappresentata dai sigg. M. Lumma e N. Graf Vitzthum, in qualità di agenti,

convenuta,

sostenuta da:

Regno di Danimarca, rappresentato dalla sig.ra B. Weis Fogh e dal sig. C. Pilgaard Zinglersen, in qualità di agenti,

Regno di Svezia, rappresentato dalla sig.ra A. Falk e dal sig. A. Engman, in qualità di agenti,

intervenienti,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts (relatore), J.-C. Bonichot e dalla sig.ra C. Toader, presidenti di sezione, dai sigg. K. Schiemann, P. Kūris, E. Juhász, G. Arestis, T. von Danwitz, A. Arabadjiev e J.-J. Kasel, giudici,

avvocato generale: sig.ra V. Trstenjak

cancelliere: sig. B. Fülöp, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 12 gennaio 2010, sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 14 aprile 2010,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Con il suo ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di constatare che, poiché talune amministrazioni e aziende comunali con oltre 1 218 dipendenti hanno attribuito in via diretta, senza previa indizione di una gara d'appalto a livello dell'Unione europea, contratti relativi a servizi di previdenza complementare aziendale ad organismi ed imprese contemplati all'art. 6 del contratto collettivo relativo alla conversione salariale a favore dei lavoratori/delle lavoratrici del comparto dei comuni e degli enti comunali (Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/-innen im kommunalen öffentlichen Dienst; in prosieguo: il «TV-EUmw/VKA»), la Repubblica federale di Germania ha violato gli obblighi ad essa incombenti, fino al 31 gennaio 2006, in forza del combinato disposto dell'art. 8 e dei titoli III-VI della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), e, a decorrere dal 1° febbraio 2006, in forza del combinato disposto degli artt. 20 e 23-55 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).
- 2 In sede di replica la Commissione ha ridefinito l'oggetto del proprio ricorso, chiedendo alla Corte di constatare l'esistenza dell'asserito inadempimento a motivo del fatto che talune amministrazioni e aziende comunali che contavano oltre 2 044 dipendenti, per il periodo corrispondente agli anni 2004 e 2005, oltre 1 827 dipendenti, per il periodo corrispondente agli anni 2006 e 2007, e oltre 1 783 dipendenti, per il periodo a partire dal 2008, hanno attribuito direttamente, senza previa indizione di una gara d'appalto a livello dell'Unione, contratti del tipo summenzionato ad organismi ed imprese contemplati all'art. 6 del TV-EUmw/VKA.
- 3 All'udienza la Commissione ha nuovamente definito l'oggetto del proprio ricorso, chiedendo alla Corte di constatare l'esistenza del suddetto inadempimento a motivo del fatto che talune amministrazioni e aziende comunali che contavano oltre 2 697 dipendenti, per il periodo corrispondente agli anni 2004 e 2005, ed oltre 2 402 dipendenti, per il periodo corrispondente agli anni 2006 e 2007, hanno proceduto alle menzionate attribuzioni di contratti.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

La direttiva 92/50

- 4 L'ottavo 'considerando' della direttiva 92/50 precisa che «la prestazione di servizi è disciplinata [da tale] direttiva soltanto quando si fonda su contratti d'appalto; che la prestazione di servizi su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, esula dal campo d'applicazione della presente direttiva».

5 L'art. 1, lett. a), sub viii), della direttiva 92/50 stabilisce che, ai fini di quest'ultima, gli «appalti pubblici di servizi» sono «contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice», ad esclusione, in particolare, dei «[contratti in materia di lavoro]».

6 L'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50 così recita:
«[per] “*amministrazioni aggiudicatrici*” [si intendono] lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

Per “*organismo di diritto pubblico*” si intende qualsiasi organismo:

- istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e
- avente personalità giuridica, e
- la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

(...)».

7 L'art. 7, nn. 1, 4 e 5, della direttiva 92/50 dispone quanto segue:

«1. a) La presente direttiva si applica:

(...)

- agli appalti pubblici di servizi di cui siano oggetto i servizi indicati all'allegato I A (...)

(...)

ii) attribuiti dalle amministrazioni aggiudicatrici indicate nell'articolo 1, lettera b), e diverse da quelle menzionate nell'allegato I della direttiva [del Consiglio 14 giugno 1993,] 93/36/CEE [che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1)], il cui valore stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore al controvalore in ecu di 200 000 [diritti speciali di prelievo (DSP)].

(...)

4. In sede di valutazione dell'importo stimato dell'appalto per i tipi di servizi sottoelencati, occorre tener conto, se del caso:

- nel caso di servizi assicurativi, del premio da pagare;

(...)

5. Nel caso di appalti che non fissino un prezzo complessivo la base per il calcolo dell'importo stimato dell'appalto è:

- se trattasi di appalto di durata determinata, ove questa sia pari o inferiore a quarantotto mesi, il valore complessivo dell'appalto per l'intera durata;
- se trattasi di appalto di durata indeterminata o superiore a quarantotto mesi, il valore mensile moltiplicato per 48».

8 Le amministrazioni e le aziende comunali tedesche non sono menzionate nell'allegato I della direttiva 93/36.

9 Ai sensi dell'art. 8 della direttiva 92/50, «[g]li appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI».

10 I titoli menzionati all'art. 8 della direttiva 92/50 riguardano, rispettivamente, la scelta delle procedure d'aggiudicazione e le norme relative ai concorsi di progettazione (titolo III), le norme comuni in campo tecnico (titolo IV), le norme comuni di pubblicità (titolo V), nonché le norme comuni di partecipazione, i criteri di selezione qualitativa e i criteri di aggiudicazione per gli appalti (titolo VI).

11 Tra i «[s]ervizi a norma dell'articolo 8» elencati nell'allegato I A della direttiva 92/50 compaiono, nella categoria 6, i «[s]ervizi finanziari», i quali comprendono, alla lett. a), i «servizi assicurativi» e, alla lett. b), i «servizi bancari e [di investimento]».

La direttiva 2004/18

12 Il ventottesimo 'considerando' della direttiva 2004/18 enuncia quanto segue:
«L'occupazione e le condizioni di lavoro sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti i cittadini e contribuiscono all'integrazione nella società. In questo ambito i laboratori protetti ed i programmi di lavoro protetti contribuiscono efficacemente a promuovere l'integrazione o la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro. Tuttavia, detti laboratori potrebbero non essere in grado di ottenere degli appalti in condizioni di concorrenza normali. Appare pertanto opportuno prevedere che gli Stati membri possano riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici a tali laboratori o riservare l'esecuzione degli appalti nel contesto di programmi di lavoro protetti».

13 La direttiva 2004/18 definisce, all'art. 1, n. 2, lett. a) e d), gli «appalti pubblici» come «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi

della presente direttiva», e gli «appalti pubblici di servizi» come «appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II».

- 14 L'art. 1, n. 5, della direttiva 2004/18 definisce l'«accordo quadro» come «un accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste».
- 15 La direttiva 2004/18 reca, all'art. 1, n. 9, una definizione delle «amministrazioni aggiudicatrici» in larga misura coincidente con quella contenuta nell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50.
- 16 A norma dell'art. 7, lett. b), della direttiva 2004/18, quest'ultima si applica agli appalti pubblici di servizi il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA») è pari o superiore a EUR 249 000. Tale importo è stato successivamente ridotto a EUR 236 000 dal regolamento (CE) della Commissione 28 ottobre 2004, n. 1874, che modifica le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 326, pag. 17), e poi ad EUR 211 000 dal regolamento (CE) della Commissione 19 dicembre 2005, n. 2083, che modifica le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 333, pag. 28).
- 17 L'art. 9, nn. 1, 8 e 9, della direttiva 2004/18 così dispone:
- «1. Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice. Questo calcolo tiene conto dell'importo [totale] stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni e di rinnovi eventuali del contratto.
- (...)
8. Per gli appalti pubblici di servizi il valore da assumere come base di calcolo del valore stimato dell'appalto è, a seconda dei casi, il seguente:
- a) per i tipi di servizi seguenti:
- i) servizi assicurativi: il premio da pagare e altre forme di remunerazione;
- (...)
- b) per gli appalti di servizi che non fissano un prezzo complessivo:
- i) se trattasi di appalti di durata determinata pari o inferiore a 48 mesi, il valore complessivo stimato per l'intera loro durata;
- ii) se trattasi di appalti di durata indeterminata o superiore a 48 mesi, il valore mensile moltiplicato per 48.

9. Per gli accordi quadro (...), il valore da prendere in considerazione è il valore massimo stimato al netto dell'IVA del complesso degli appalti previsti durante l'intera durata degli accordi quadro (...).

- 18 A norma dell'art. 16, lett. e), della direttiva 2004/18, quest'ultima non si applica «agli appalti pubblici di servizi (...) concernenti i contratti di lavoro».
- 19 A mente dell'art. 20 della medesima direttiva, «[g]li appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II A sono aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55».
- 20 Gli artt. 23-55 della summenzionata direttiva dettano, nell'ordine, le disposizioni specifiche sul capitolato d'oneri e sui documenti dell'appalto (artt. 23-27), le norme riguardanti le procedure (artt. 28-34), le disposizioni in materia di pubblicità e di trasparenza (artt. 35-43) e le norme sullo svolgimento della procedura (artt. 44-55).
- 21 Tra i servizi elencati nell'allegato II A della direttiva 2004/18 figurano, nell'ambito della categoria 6, i «servizi finanziari», i quali comprendono, alla lett. a), i «servizi assicurativi» e, alla lett. b), i «servizi bancari e [di investimento]».
- 22 Nell'elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico di cui all'art. 1, n. 9, secondo comma, della direttiva 2004/18, contenuto nell'allegato III di tale direttiva, vengono menzionati, nella sezione III, dedicata alla Repubblica federale di Germania, gli «[e]nti, istituti e fondazioni di diritto pubblico, costituiti dallo Stato federale, dai Länder o da enti locali».

Il diritto nazionale

- 23 La legge 19 dicembre 1974 per il miglioramento della previdenza complementare aziendale (Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung) (BGBl. I, pag. 3610), come modificata dall'art. 5 della legge 21 dicembre 2008 (BGBl. I pag. 2940) (in prosieguo: il «BetrAVG»), dispone, all'art. 1, intitolato «Impegno del datore di lavoro a fornire una previdenza complementare aziendale», quanto segue:
- «(1) Qualora il datore di lavoro si impegni a fornire al lavoratore, in ragione del rapporto di lavoro con questi intercorrente, prestazioni di vecchiaia, di invalidità o di reversibilità (previdenza complementare aziendale), trovano applicazione le disposizioni della presente legge. La previdenza complementare aziendale può essere attuata direttamente dal datore di lavoro oppure tramite uno degli organismi previdenziali di cui all'art. 1b, nn. 2-4. Il datore di lavoro risponde dell'adempimento delle prestazioni promesse anche qualora l'attuazione della previdenza complementare aziendale non venga assicurata da lui direttamente.

(2) Si configura un'ipotesi di previdenza complementare aziendale anche qualora:

(...)

3. crediti retributivi futuri vengano convertiti nel diritto ad ottenere prestazioni previdenziali di identico valore (conversione salariale), o
4. il lavoratore, per finanziare prestazioni di previdenza complementare aziendale, versi, a partire dalla sua retribuzione, contributi ad un fondo pensioni, ad una cassa pensionistica o ad un'assicurazione diretta, e la promessa del datore di lavoro comprenda anche le prestazioni derivanti da tali contributi; al riguardo trovano corrispondente applicazione le norme sulla conversione salariale, se ed in quanto le prestazioni promesse derivanti da tali contributi siano finanziate secondo il sistema a capitalizzazione».

24 L'art. 1a, n. 1, del BetrAVG, intitolato «Diritto ad ottenere prestazioni di previdenza complementare aziendale mediante conversione salariale», così dispone:

«Il lavoratore può chiedere al datore di lavoro che, mediante conversione salariale, venga utilizzata per la propria previdenza complementare aziendale una quota dei suoi crediti retributivi futuri non superiore al 4% della soglia di reddito massima considerabile per il calcolo dei contributi al regime previdenziale generale. Le modalità di attuazione del diritto del lavoratore sono disciplinate tramite accordo. Qualora il datore di lavoro sia disposto ad avvalersi di un fondo pensioni o di una cassa pensionistica (art. 1b, n. 3), la previdenza complementare aziendale verrà assicurata tramite questi ultimi; in caso contrario il lavoratore può pretendere che il datore di lavoro stipuli in suo favore un'assicurazione diretta (art. 1b, n. 2). Ove venga fatto valere il diritto suddetto, il lavoratore deve utilizzare ogni anno per la propria previdenza complementare aziendale un importo pari ad almeno 1/160 del reddito parametrico di cui all'art. 18, n. 1, del Quarto Libro del Codice della legislazione sociale. Se il lavoratore utilizza parti della sua retribuzione ordinaria ai fini della previdenza complementare aziendale, il datore di lavoro può pretendere che, durante l'anno corrente, vengano a tal fine destinati importi mensili identici».

25 L'art. 17, nn. 3 e 5, del BetrAVG, intitolato «Ambito di applicazione ratione personae e facoltà di deroga mediante accordi collettivi», così dispone:

«(3) I contratti collettivi possono derogare agli artt. 1a (...) della presente legge. Le disposizioni in deroga hanno validità tra datori di lavoro e lavoratori non vincolati alla contrattazione collettiva, qualora costoro abbiano convenuto di dare applicazione alle pertinenti norme collettive. Per il resto, non è ammessa alcuna deroga alle disposizioni della presente legge a svantaggio del lavoratore.

(...)

(5) Se i crediti retributivi hanno fonte in un contratto collettivo, la loro conversione in prestazioni previdenziali complementari può essere effettuata solo qualora un contratto collettivo lo preveda o lo consenta».

- 26 Il 18 febbraio 2003 è stato concluso il TV-EUmw/VKA tra la Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (Unione delle associazioni dei comuni e degli enti comunali datori di lavoro; in prosieguo: la «VKA») e la Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft eV (ver.di) (Sindacato unitario del settore dei servizi). La VKA ha concluso un analogo accordo collettivo con un altro sindacato, ossia la dbb tarifunion.
- 27 Il TV-EUmw/VKA sancisce, agli artt. 2 e 3, il diritto dei lavoratori che rientrano nella sfera di applicazione di uno degli accordi collettivi menzionati al suo art. 1, di chiedere al datore di lavoro la parziale conversione, entro i limiti fissati dal BetrAVG, dei loro crediti retributivi futuri in prestazioni previdenziali complementari. A norma dell'art. 5 del TV-EUmw/VKA, tale richiesta deve essere rivolta al datore di lavoro per iscritto. In base allo stesso articolo, il lavoratore è vincolato per un periodo minimo di un anno all'accordo concluso con il datore di lavoro per quanto riguarda la conversione parziale della sua retribuzione futura.
- 28 L'art. 6 del TV-EUmw/VKA, intitolato «Modalità di esecuzione», così dispone: «Salvo quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo del presente articolo, la conversione di una parte della retribuzione in prestazioni pensionistiche secondo le modalità definite nel BetrAVG deve essere attuata tramite organismi pubblici di previdenza complementare. Il datore di lavoro, nel quadro della previdenza complementare aziendale di cui al primo periodo, può altresì optare per le modalità attuative offerte dal Gruppo finanziario delle Sparkassen o dai consorzi di assicurazione dei comuni e degli enti comunali. Mediante contratti collettivi stipulati a livello dei singoli distretti è possibile, ove occorra, derogare a quanto previsto al primo ed al secondo periodo di cui sopra».
- 29 L'art. 7, n. 1, del TV-EUmw/VKA dispone l'entrata in vigore di quest'ultimo al 1° gennaio 2003. L'art. 7, n. 2, del TV-EUmw/VKA stabilisce che tale accordo può essere sciolto tramite preavviso scritto di tre mesi con effetto per la fine di ciascun anno, e comunque non prima del 31 dicembre 2008.

Procedimento precontenzioso

- 30 In seguito ad una denuncia, la Commissione ha informato la Repubblica federale di Germania, con lettera di diffida in data 18 ottobre 2005, che tale Stato membro poteva aver violato il combinato disposto dell'art. 8 e dei titoli III-VI della direttiva 92/50, nonché, in ogni caso, i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, a motivo del fatto che un certo numero di amministrazioni e aziende comunali avevano attribuito contratti per la prestazione di previdenza complementare aziendale agli organismi e alle imprese indicati all'art. 6 del TV-EUmw/VKA, senza previa indizione di una gara d'appalto a livello dell'Unione.

- 31 Con lettera 29 marzo 2006 la Repubblica federale di Germania ha negato che le amministrazioni e le aziende comunali agiscano nella veste di «amministrazioni aggiudicatrici», ai sensi della direttiva 92/50, allorché svolgono la propria funzione di datore di lavoro nel settore della previdenza complementare aziendale. Lo Stato membro suddetto ha sottolineato altresì che i contratti assicurativi in questione rientrano nell'ambito dei rapporti di lavoro e dunque non costituiscono appalti pubblici, posto che, infatti, le amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro si limitano a svolgere una funzione di organismo di pagamento ai fini di uno scambio di prestazioni tra i lavoratori che hanno optato per la conversione di parte della loro retribuzione in prestazioni previdenziali e gli organismi assicurativi. La Repubblica federale di Germania ha altresì sostenuto che l'applicazione della normativa sugli appalti pubblici all'attribuzione dei contratti in questione sarebbe contraria all'autonomia delle parti sociali sancita dall'art. 9, n. 3, della Costituzione tedesca (Grundgesetz).
- 32 Non soddisfatta di tale risposta, la Commissione ha inviato alla Repubblica federale di Germania un parere motivato, datato 4 luglio 2006, in cui precisava che i suoi addebiti dovevano essere intesi come riguardanti anche la violazione, a partire dal 1° febbraio 2006, del combinato disposto degli artt. 20 e 23-55 della direttiva 2004/18, i quali hanno ripreso in sostanza le disposizioni della direttiva 92/50 fatte valere dalla detta istituzione nella sua lettera di diffida.
- 33 Nella sua risposta a tale parere motivato, datata 15 novembre 2006, la Repubblica federale di Germania ha ribadito la propria posizione, accludendo un parere legale inteso a dimostrare che il meccanismo di conversione salariale di cui si discute rientra nella nozione di retribuzione. Essa ha poi sostenuto che le soglie di applicazione delle norme dell'Unione sugli appalti pubblici non risultavano raggiunte nel caso di specie, tenuto conto della necessità di prendere in considerazione ciascun contratto individuale come tale. Infine, lo Stato suddetto ha sottolineato di non poter, in ogni caso, rimediare ad un'eventuale violazione del diritto dell'Unione, dal momento che esso non è legittimato ad impartire istruzioni alle parti sociali.
- 34 Con lettera 30 gennaio 2007 la Commissione ha inviato alla Repubblica federale di Germania una richiesta di informazioni, al fine di verificare, in particolare, se eventuali ragioni di politica sociale potessero giustificare nella fattispecie una deroga alle norme dell'Unione sugli appalti pubblici.
- 35 Ritenendo che la lettera in data 1° marzo 2007 trasmessa dal citato Stato membro in risposta alla richiesta di cui sopra non fornisse alcuna giustificazione adeguata, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

Sull'applicabilità delle direttive 92/50 e 2004/18 alle attribuzioni di contratti a favore di organismi o imprese contemplati all'art. 6 del TV-EUmw/VKA

- 36 Occorre anzitutto verificare se, come sostengono la Repubblica federale di Germania nonché il Regno di Danimarca ed il Regno di Svezia, le attribuzioni di contratti ad organismi o imprese contemplati all'art. 6 del TV-EUmw/VKA (in prosieguo: le «attribuzioni di contratti controverse») sfuggano, per la loro natura e finalità, all'applicazione delle direttive 92/50 e 2004/18. Auspicando una trasposizione al presente contesto del ragionamento seguito dalla Corte nelle sentenze 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany (Racc. pag. I-5751), e 21 settembre 2000, causa C-222/98, van der Woude (Racc. pag. I-7111), gli Stati membri suddetti fondano le proprie argomentazioni sul fatto che le attribuzioni in questione hanno dato esecuzione ad un accordo collettivo negoziato tra parti sociali, più precisamente all'art. 6 del TV-EUmw/VKA.
- 37 A questo proposito, da un lato, occorre ricordare che il diritto di negoziazione collettiva, che le parti firmatarie del TV-EUmw/VKA hanno esercitato nella fattispecie, è riconosciuto sia dalle disposizioni di vari strumenti internazionali ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito – come l'art. 6 della Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e riveduta a Strasburgo il 3 maggio 1996 –, sia dalle norme degli atti elaborati dai suddetti Stati membri a livello comunitario o nell'ambito dell'Unione – come il punto 12 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata in occasione della riunione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989, e l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), alla quale l'art. 6 TUE attribuisce il medesimo valore giuridico riconosciuto ai Trattati.
- 38 Risulta dal citato art. 28 della Carta, letto in combinato disposto con l'art. 52, n. 6, di quest'ultima, che la tutela del diritto fondamentale di negoziazione collettiva deve tener conto pienamente, in particolare, delle legislazioni e delle prassi nazionali.
- 39 Inoltre, ai sensi dell'art. 152 TFUE, l'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al livello dell'Unione stessa, tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali.
- 40 Dall'altro lato, occorre rilevare che, come è pacifico tra le parti in causa, il TV-EUmw/VKA risponde, in via generale, ad una finalità sociale. Esso mira, infatti, a migliorare il livello delle pensioni di vecchiaia dei lavoratori interessati promuovendo, in conformità del BetrAVG, lo sviluppo della previdenza complementare mediante una parziale conversione della retribuzione dei lavoratori interessati.

- 41 Tuttavia, la natura di diritto fondamentale del diritto di negoziazione collettiva e la finalità sociale del TV-EUmw/VKA intesa nella sua globalità non possono, in quanto tali, comportare l'automatico esonero delle amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro dal rispetto degli obblighi imposti dalle direttive 92/50 e 2004/18, le quali danno attuazione alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi nel settore degli appalti pubblici.
- 42 La Corte ha già statuito che le clausole dei contratti collettivi non sono escluse dall'ambito applicativo delle disposizioni relative alla libera circolazione delle persone (v. sentenza 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, cosiddetta «Viking Line», Racc. pag. I-10779, punto 54 e giurisprudenza ivi citata).
- 43 Inoltre, l'esercizio di un diritto fondamentale come il diritto di negoziazione collettiva può essere sottoposto a talune restrizioni (v., in tal senso, sentenze *Viking Line*, cit., punto 44, e 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri*, Racc. pag. I-11767, punto 91). In particolare, sebbene il diritto di negoziazione collettiva goda in Germania della tutela costituzionale riconosciuta, in via generale, dall'art. 9, n. 3, della Costituzione tedesca al diritto di costituire associazioni per la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni lavorative ed economiche, ciò non toglie che, ai sensi dell'art. 28 della Carta, tale diritto debba essere esercitato in conformità alle norme dell'Unione.
- 44 L'esercizio del diritto fondamentale di negoziazione collettiva deve dunque essere temperato con gli obblighi scaturenti dalle libertà tutelate dal Trattato FUE – che, nella fattispecie, le direttive 92/50 e 2004/18 mirano ad attuare – e deve essere conforme al principio di proporzionalità (v., in tal senso, citate sentenze *Viking Line*, punto 46, e *Laval un Partneri*, punto 94).
- 45 È pur vero che, segnatamente nelle citate sentenze *Albany* e *van der Woude*, la Corte ha statuito che, malgrado gli effetti restrittivi della concorrenza ad esso inerenti, un accordo collettivo concluso tra le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, il quale istituisca, in un settore determinato, un regime pensionistico complementare gestito da un fondo pensioni, l'affiliazione al quale è obbligatoria, non ricade sotto le previsioni dell'art. 101, n. 1, TFUE.
- 46 Tuttavia, un ragionamento siffatto non pregiudica in alcun modo la diversa questione, che si pone nel presente procedimento, relativa al rispetto, ai fini della designazione degli organismi assicurativi incaricati dell'attuazione del sistema di conversione salariale di cui trattasi, delle norme dell'Unione riguardanti l'applicazione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici, nell'ambito di un contratto collettivo di lavoro applicabile a datori di lavoro pubblici.

- 47 A questo proposito, non si può ritenere che l'esercizio della libertà delle parti sociali e del diritto di negoziazione collettiva implichi di per sé, come inevitabile corollario, una lesione delle direttive che danno applicazione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nel settore degli appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza Viking Line, cit., punto 52).
- 48 Inoltre, il fatto che un accordo o un'attività siano sottratti all'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza non ha come conseguenza automatica che tale accordo o tale attività siano altresì esonerati dal rispettare gli obblighi imposti dalle disposizioni delle direttive sopra menzionate, dal momento che questi due ordini di disposizioni rispondono ciascuno a specifici presupposti di applicazione (v., in tal senso, sentenza Viking Line, cit., punto 53 e giurisprudenza ivi citata).
- 49 Infine, occorre rilevare che, a differenza dell'obiettivo, concordato fra le parti sociali, di migliorare il livello delle pensioni dei lavoratori del comparto dei comuni e degli enti comunali, la designazione di organismi ed imprese nell'ambito di un contratto collettivo quale quello in questione nella fattispecie non attiene all'essenza del diritto di negoziazione collettiva.
- 50 Alla luce delle considerazioni che precedono, il fatto che le attribuzioni di contratti controverse derivino dall'applicazione di un contratto collettivo non porta, in quanto tale, a sottrarre il presente caso di specie alla sfera di applicazione delle direttive 92/50 e 2004/18.
- 51 Si pone dunque la questione relativa al contemperamento delle esigenze connesse alla realizzazione dell'obiettivo sociale perseguito nella fattispecie dalle parti della negoziazione collettiva con quelle derivanti dalle direttive 92/50 e 2004/18.
- 52 Tale questione impone di verificare previamente, sulla base degli elementi del fascicolo, se, al momento della definizione del contenuto dell'art. 6 del TV-EUmw/VKA – su cui la Commissione ha focalizzato il proprio ricorso in quanto norma presa a fondamento per le attribuzioni di contratti controverse –, sia stato osservato un giusto equilibrio nella ponderazione dei rispettivi interessi in gioco, ossia il miglioramento del livello delle pensioni di vecchiaia dei lavoratori interessati, da un lato, e l'attuazione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi nonché l'apertura alla concorrenza a livello dell'Unione, dall'altro (v., per analogia, sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, Racc. pag. I-5659, punti 81 e 82).
- 53 A questo proposito, se indubbiamente l'art. 6 del TV-EUmw/VKA si inserisce in un contratto collettivo che, come si è sottolineato al punto 40 della presente sentenza, persegue, in via generale, una finalità sociale, occorre però constatare – così come ha fatto l'avvocato generale al paragrafo 176 delle sue conclusioni –

che la norma suddetta finisce per escludere completamente, e a tempo indeterminato, l'applicazione delle norme dettate dalle direttive 92/50 e 2004/18 nel settore della previdenza complementare dei dipendenti comunali, circostanza questa non contestata dalla Repubblica federale di Germania.

- 54 Tale Stato membro fa però valere, in primo luogo, che l'art. 6 del TV-EUmw/VKA costituisce una soluzione adottata in modo condiviso, che tiene conto dei rispettivi interessi dei firmatari di tale accordo collettivo. Lo Stato suddetto sottolinea che la designazione, nell'ambito di tale accordo, degli organismi e delle imprese di assicurazione che soli possono essere incaricati dell'attuazione del sistema di conversione salariale istituito nel settore del pubblico impiego alle dipendenze dei comuni e degli enti comunali consente un coinvolgimento dei lavoratori ed una salvaguardia degli interessi di questi ultimi più favorevoli di quelli che sarebbero garantiti nel caso in cui la scelta dell'assicuratore, o degli assicuratori, fosse effettuata, da ciascuna amministrazione o azienda comunale datrice di lavoro, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto.
- 55 Occorre però rilevare che è possibile conciliare l'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti con quella di meccanismi, previsti, in particolare, dalla legislazione sociale tedesca, i quali garantiscano la partecipazione, in seno all'amministrazione o azienda comunale interessata, dei lavoratori o di loro rappresentanti all'adozione delle decisioni riguardanti la scelta dell'organismo o degli organismi ai quali sarà affidata l'attuazione del sistema di conversione salariale, circostanza questa che non è stata contestata dalla Repubblica federale di Germania in occasione dell'udienza.
- 56 Del resto, l'eventuale applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti non esclude la possibilità che il bando di gara imponga agli offerenti interessati condizioni che rispondano agli interessi dei lavoratori coinvolti.
- 57 In secondo luogo, la Repubblica federale di Germania, sostenuta sul punto dal Regno di Danimarca, fa valere che le offerte degli organismi e delle imprese contemplati all'art. 6 del TV-EUmw/VKA si basano sul principio di solidarietà. All'udienza, l'accento è stato posto sul fatto che un contratto di assicurazione consente, grazie alla mutualizzazione dei rischi, di operare una compensazione tra rischi «buoni» e «cattivi», in particolare quando le prestazioni previdenziali complementari concordate a livello aziendale vengano versate sotto forma di rendita vitalizia pagata fino al decesso del beneficiario. È stato inoltre sottolineato che gli organismi e le imprese suddetti non procedono ad alcuna forma di selezione dei candidati interessati fondata su criteri medici.
- 58 A questo proposito, occorre però sottolineare che la salvaguardia di tali elementi di solidarietà non è, per sua natura, inconciliabile con l'applicazione di una

procedura di aggiudicazione di appalto. Infatti, la mutualizzazione dei rischi, sulla quale si fonda qualsiasi attività assicurativa, può essere garantita da un organismo o da un'impresa di assicurazione prescelti al termine di una gara d'appalto a livello dell'Unione. Inoltre, nulla, nelle direttive in materia di appalti pubblici, osta a che un'amministrazione o azienda comunale datrice di lavoro precisi, nelle clausole del bando di gara, le condizioni che gli offerenti dovranno rispettare al fine di evitare o di circoscrivere la selezione, sotto il profilo medico, dei lavoratori interessati dalla conversione salariale.

- 59 In terzo luogo, la Repubblica federale di Germania pone l'accento sull'esperienza e sulla solidità finanziaria degli organismi e delle imprese menzionati all'art. 6 del TV-EUmw/VKA. Essa aggiunge che la scelta compiuta a favore di tali organismi ed imprese è idonea a garantire l'attrattiva del sistema di conversione salariale agli occhi dei lavoratori del comparto dei comuni e degli enti comunali.
- 60 Tuttavia, oltre al fatto che le direttive dell'Unione in materia di appalti pubblici contengono norme che consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di assicurarsi della capacità professionale e finanziaria degli offerenti, non è lecito presumere che tali elementi di esperienza e di solidità finanziaria manchino, in via generale, in capo agli organismi o alle imprese di assicurazione diversi da quelli menzionati al citato art. 6.
- 61 A questo proposito occorre sottolineare, in particolare, che, a norma della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 5 novembre 2002, 2002/83/CE, relativa all'assicurazione sulla vita (GU L 345, pag. 1), le imprese private che praticano l'assicurazione di gruppo sono assoggettate a norme di controllo prudenziale coordinate a livello dell'Unione, le quali mirano, in particolare, a garantire la solidità finanziaria di tali operatori.
- 62 Gli enti pensionistici aziendali o professionali costituiscono l'oggetto di norme di uguale natura a mente della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 3 giugno 2003, 2003/41/CE, relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali (GU L 235, pag. 10). Tali norme, coordinate a livello dell'Unione, hanno come scopo di garantire un elevato livello di sicurezza per i futuri pensionati destinati a beneficiare delle prestazioni degli enti suddetti (v., in tal senso, sentenza 14 gennaio 2010, causa C-343/08, Commissione/Repubblica ceca, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 45).
- 63 Occorre altresì rilevare che, secondo le indicazioni fornite dalla Repubblica federale di Germania, alcuni contratti di assicurazione sono stati attribuiti direttamente da amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro, sulla base dell'art. 6, terzo periodo, del TV-EUmw/VKA, ad organismi diversi da quelli contemplati nel primo e nel secondo periodo di tale articolo. Non è stato in alcun modo dimostrato, e neppure sostenuto, nel corso del presente procedimento, che

tale soluzione abbia diminuito l'interesse dei lavoratori interessati per il sistema di conversione salariale.

- 64 In quarto luogo, il detto Stato membro sottolinea che l'art. 6 del TV-EUmw/VKA consente alle amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro di evitare di intraprendere, per ciascuna di esse, una procedura individuale di selezione dell'organismo o degli organismi incaricati dell'attuazione del sistema di conversione salariale. Inoltre, le spese di gestione applicate dagli organismi e dalle imprese contemplati al suddetto art. 6 sarebbero poco elevate.
- 65 Tuttavia, simili considerazioni non sono idonee a legittimare l'esclusione di disposizioni e procedure destinate a garantire, nell'interesse delle amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro e dei loro dipendenti, l'accesso ad un'offerta di servizi allargata a livello dell'Unione.
- 66 Alla luce delle considerazioni svolte ai punti 53-65 della presente sentenza, occorre concludere che il rispetto delle direttive in materia di appalti pubblici di servizi non risulta inconciliabile con la realizzazione della finalità sociale perseguita dalle parti firmatarie del TV-EUmw/VKA nell'esercizio del loro diritto di negoziazione collettiva.
- 67 Occorre dunque esaminare se le attribuzioni di contratti controverse ricadano sotto le condizioni di applicazione delle direttive 92/50 e 2004/18.
Sulla qualificazione dei contratti in questione come appalti pubblici di servizi, ai sensi delle direttive 92/50 e 2004/18
- 68 In via preliminare, occorre osservare come tra le parti del presente procedimento sia pacifico che i contratti in questione riguardano servizi assicurativi, ai sensi della categoria 6, lett. a), degli allegati I A della direttiva 92/50 o II A della direttiva 2004/18.
- 69 È altresì pacifico tra queste stesse parti che i contratti suddetti sono stati conclusi per iscritto, ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50 o dell'art. 1, n. 2, lett. a), della direttiva 2004/18.
- 70 Per contro, la Repubblica federale di Germania, sostenuta dal Regno di Svezia, contesta, in primo luogo, che nel caso di specie risultino soddisfatte le altre condizioni dalle quali le disposizioni sopra citate fanno dipendere la qualifica di «appalti pubblici» ai sensi delle menzionate direttive.
- 71 Lo Stato convenuto sostiene che le amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro non agiscono in qualità di amministrazioni aggiudicatrici allorché si limitano a mettere in atto, nel settore della previdenza complementare aziendale, una scelta predeterminata da un accordo collettivo, senza disporre di

un'autonomia decisionale che possa portarle a concedere, a loro discrezione, una preferenza a questo o a quell'offerente.

- 72 La Repubblica federale di Germania sostiene inoltre che i contratti in questione non sono contratti a titolo oneroso. Infatti, un rapporto di scambio economico esisterebbe soltanto tra l'organismo assicurativo e il lavoratore che abbia optato per la conversione salariale. Il datore di lavoro si limiterebbe, per parte sua, a trasmettere a tale organismo, per conto del lavoratore, i premi trattenuti, a titolo della conversione suddetta, sulla retribuzione di costui. Tali contratti avrebbero come finalità l'attuazione di un sistema che va a beneficio dei lavoratori dipendenti, e non l'affidamento di un appalto del quale profittano i poteri pubblici.
- 73 A questo proposito, occorre ricordare, anzitutto, che né l'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50, né l'art. 1, n. 9, della direttiva 2004/18 operano una distinzione tra gli appalti pubblici conclusi da un'amministrazione aggiudicatrice per adempiere la propria missione intesa al soddisfacimento di bisogni di interesse generale e gli appalti pubblici non correlati a tale missione. La mancanza di una distinzione del genere si spiega con la finalità delle direttive suddette, che mira ad escludere il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici (v., per analogia, sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a., Racc. pag. I-73, punti 32 e 33).
- 74 Occorre poi rilevare che il TV-EUmw/VKA, in particolare l'art. 6 del medesimo, è stato negoziato, segnatamente, da rappresentanti delle amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro. Tali datori di lavoro hanno dunque esercitato un influsso, quanto meno indiretto, sul contenuto dell'articolo suddetto.
- 75 Infine, il presupposto relativo al carattere oneroso dei contratti in questione impone di verificare se questi ultimi implicino un interesse economico diretto per le amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro che li concludono (v., per analogia, sentenza 25 marzo 2010, causa C-451/08, Helmut Müller, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 48 e 49).
- 76 A questo proposito occorre osservare che, relativamente al settore del pubblico impiego alle dipendenze dei comuni e degli enti comunali, dall'art. 6 del TV-EUmw/VKA risulta che il datore di lavoro deve procedere all'attuazione del sistema di conversione salariale avvalendosi degli organismi pubblici indicati nel primo periodo di questo articolo oppure, in mancanza, optare per modalità di attuazione di tale sistema proposte da imprese quali previste nel secondo periodo del medesimo art. 6.

- 77 Ai termini dell'art. 1, n. 1, del BetrAVG, il datore di lavoro «risponde dell'adempimento delle prestazioni promesse anche qualora l'attuazione della previdenza complementare aziendale non venga assicurata da lui direttamente».
- 78 Quindi, l'amministrazione o azienda comunale datrice di lavoro negozia i termini di un contratto di assicurazione di gruppo con un professionista delle assicurazioni assoggettato a vincoli prudenziali specifici che garantiscono la sua solidità finanziaria. I servizi forniti da tale professionista consentono al datore di lavoro di far fronte al proprio obbligo di rispondere della corretta esecuzione di tale forma di retribuzione differita risultante dal meccanismo della conversione salariale. I detti servizi gli consentono altresì di sgravarsi della gestione di tale sistema.
- 79 Nell'ambito di un contratto di questo tipo, l'amministrazione o azienda comunale datrice di lavoro versa all'organismo o all'impresa in questione premi trattenuti sulle retribuzioni di cui essa è debitrice nei confronti degli interessati, a titolo di contropartita per la fruizione di servizi inerenti all'obbligo che le incombe, a norma dell'art. 1, n. 1, del BetrAVG, di rispondere dell'esecuzione delle prestazioni previdenziali a vantaggio dei lavoratori che abbiano optato, a seguito dell'impegno assunto da essa datrice di lavoro, per il sistema di conversione salariale.
- 80 La circostanza che i beneficiari finali delle prestazioni previdenziali siano i lavoratori che hanno aderito a tale sistema non è idonea a rimettere in discussione il carattere oneroso di un simile contratto.
- 81 La Repubblica federale di Germania, sostenuta sul punto dal Regno di Danimarca e dal Regno di Svezia, fa valere, in secondo luogo, che l'eccezione prevista, rispettivamente, all'art. 1, lett. a), sub viii), della direttiva 92/50 a favore dei contratti in materia di lavoro e all'art. 16, lett. e), della direttiva 2004/18 a favore dei contratti di lavoro si estende a qualsiasi prestazione di servizi che sia fondata, come nel caso di specie, su un contratto di tale natura o su un accordo collettivo che costituisce parte integrante di tale contratto e che, per la sua finalità, rientri nell'ambito del diritto del lavoro.
- 82 Tuttavia, alla luce delle indicazioni contenute ai punti 4 e 12 della presente sentenza, tale eccezione – da interpretarsi restrittivamente, in quanto introduce una deroga all'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici di servizi – non può essere estesa a prestazioni di servizi che siano fondate, come nella fattispecie, non su un contratto di lavoro, bensì su un contratto sottoscritto tra un datore di lavoro e un'impresa di assicurazioni, e che siano per giunta estranee alla particolare preoccupazione espressa dal legislatore dell'Unione al ventottesimo 'considerando' della direttiva 2004/18.

Sulla determinazione del valore dell'appalto e sul superamento delle soglie di applicazione delle direttive 92/50 e 2004/18

- 83 In via preliminare, occorre osservare che la Repubblica federale di Germania non ha negato la pertinenza delle soglie di EUR 236 000 e di EUR 211 000 assunte a riferimento dalla Commissione, rispettivamente, per il periodo 2004-2005 e per il periodo 2006-2007, al fine di distinguere, nel presente procedimento, gli appalti ricadenti, a motivo del loro valore, nella sfera di applicazione della direttiva 92/50 o in quella della direttiva 2004/18.
- 84 La Repubblica federale di Germania contesta invece l'esattezza del metodo di calcolo adottato dalla Commissione per stabilire la dimensione critica, in termini di numero di dipendenti, a partire dalla quale si presume che alcune amministrazioni o aziende comunali datrici di lavoro abbiano concluso contratti di assicurazione il cui valore è pari o superiore alle soglie pertinenti ai fini dell'applicazione della direttiva 92/50 o della direttiva 2004/18.
- 85 In primo luogo, il detto Stato membro sostiene che il calcolo del valore dell'appalto, ai sensi di tali direttive, deve nella fattispecie fondarsi esclusivamente sull'importo delle spese di gestione richieste dall'impresa a titolo di remunerazione dei servizi forniti, e non sull'importo complessivo dei premi versati nell'ambito della conversione salariale, posto che quest'ultimo ammontare è impossibile da stabilire con precisione al momento della conclusione del contratto di assicurazione.
- 86 A questo proposito, però, occorre rilevare che, relativamente agli appalti riguardanti servizi assicurativi, ai sensi della categoria 6, lett. a), degli allegati I A della direttiva 92/50 o II A della direttiva 2004/18, tanto l'art. 7, n. 4, primo trattino, della direttiva 92/50 quanto l'art. 9, n. 8, lett. a), sub i), della direttiva 2004/18 menzionano il «premio da pagare» quale elemento alla base del calcolo del valore stimato dell'appalto in questione.
- 87 Pertanto, nel caso di servizi di previdenza complementare aziendale, il «valore stimato dell'appalto», ai sensi delle disposizioni citate al punto precedente della presente sentenza, corrisponde – come esattamente ritenuto dalla Commissione – al valore stimato dei premi, ossia, nella fattispecie, delle quote trattenute, a titolo di conversione salariale, sulla retribuzione dei lavoratori interessati in seno all'amministrazione o azienda comunale interessata, e destinate al finanziamento delle prestazioni finali di previdenza complementare aziendale. Infatti, i premi suddetti costituiscono, nel caso di specie, la principale contropartita dei servizi forniti dall'organismo o dall'impresa prestataria all'amministrazione o azienda comunale datrice di lavoro nell'ambito dell'esecuzione di tali prestazioni.
- 88 In un contesto, quale quello presente, in cui un'indicazione precisa, al momento della conclusione dell'appalto in questione, del valore complessivo di tali premi risulta impossibile a motivo della scelta lasciata a ciascun lavoratore di aderire o meno al sistema di conversione salariale, e tenuto conto della durata di tale

appalto, lunga, o addirittura indeterminata, così come confermato dal dibattito in udienza, tanto l'art. 7, n. 5, secondo trattino, della direttiva 92/50 quanto l'art. 9, n. 8, lett. b), sub ii), della direttiva 2004/18 impongono di assumere quale base di calcolo del valore stimato di tale appalto il «valore mensile moltiplicato per 48».

- 89 Pertanto, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 150 delle sue conclusioni, giustamente la Commissione, nella presente controversia, ha anzitutto fondato il proprio calcolo – così come avrebbero dovuto fare le amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro interessate – su una stima dell'importo mensile medio di retribuzione convertita per ciascun dipendente, moltiplicato per 48, ed ha poi stabilito, tenuto conto del prodotto di tale moltiplicazione, il numero di adesioni individuali di dipendenti alla conversione salariale necessario per raggiungere la pertinente soglia di applicazione delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici, ed ha infine fissato, sulla base di una stima della percentuale di partecipazione dei lavoratori del comparto dei comuni e degli enti comunali al sistema di conversione salariale, la dimensione critica, in termini di numero di dipendenti, a partire dalla quale le amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro hanno concluso appalti di valore pari o superiore alla citata soglia di applicazione.
- 90 In secondo luogo, la Repubblica federale di Germania sostiene che la Commissione ha ingiustamente omissso, nei suoi calcoli, di tener conto del fatto, evidenziato sin dalla fase del procedimento precontenzioso, che un certo numero di amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro hanno concluso, ai fini dell'attuazione del sistema di conversione salariale, vari contratti con distinti organismi ed imprese. A suo avviso, tale circostanza avrebbe dovuto indurre la Commissione a calcolare il valore stimato dell'appalto in rapporto a ciascun contratto di assicurazione sottoscritto dall'amministrazione o azienda comunale datrice di lavoro.
- 91 Tuttavia, quali che possano essere i motivi che hanno portato determinate amministrazioni o aziende comunali a ricorrere a tale prassi, e indipendentemente dalla questione se i contratti controversi costituiscano – così come sostenuto dalla Commissione, e invece negato dalla Repubblica federale di Germania – accordi quadro ai sensi dell'art. 1, n. 5, della direttiva 2004/18, risulta dal tenore stesso dell'art. 9, n. 1, di tale direttiva – il quale enuncia la regola generale per il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico – che tale calcolo è fondato sull'«importo totale» dell'appalto di cui trattasi, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice.
- 92 Nel caso di specie, il calcolo pertinente deve dunque fondarsi sull'importo totale stimato dell'appalto relativo alla previdenza complementare aziendale a livello dell'amministrazione o dell'azienda interessata, in termini di premi connessi alla conversione salariale.

- 93 Come sostiene la Commissione, nel caso di un appalto di questo tipo, il cui oggetto è intrinsecamente unitario, un calcolo che si basasse – in ossequio a quanto auspicato dalla Repubblica federale di Germania – sul numero di contratti di assicurazione conclusi dall'amministrazione o azienda comunale interessata porterebbe ad un artificioso frazionamento dell'appalto in questione, idoneo a sottrarlo all'applicazione delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici, quand'anche il suo valore totale stimato fosse pari o superiore alla pertinente soglia di applicazione di tali norme.
- 94 Inoltre, un simile calcolo lederebbe il principio di certezza del diritto, dato che, al momento della conclusione di tali eventuali diversi contratti, il loro valore individuale non può neppure essere stimato, tenuto conto dell'impossibilità di prevedere, anche solo in via approssimativa, in quale proporzione la successiva scelta dei singoli lavoratori intenzionati ad aderire al sistema di conversione salariale si orienterà verso l'una o l'altra delle imprese interessate. Un simile calcolo, fondato su una mera divisione matematica del valore totale stimato dell'appalto per il numero di contratti di assicurazione previsti, potrebbe così portare a sottrarre l'insieme di tali contratti all'applicazione delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici, malgrado che successivamente potrebbe risultare che il valore di alcuni di questi contratti raggiunge o supera la soglia di applicazione pertinente in virtù del numero di lavoratori aderenti e dell'entità dei premi versati all'impresa interessata.
- 95 In terzo luogo, la Repubblica federale di Germania ha contestato, in tutto il corso del procedimento dinanzi alla Corte, l'esattezza delle cifre dedotte dalla Commissione in merito alla percentuale di adesione dei lavoratori del comparto dei comuni e degli enti comunali al sistema di conversione salariale.
- 96 A questo proposito, occorre rilevare che, in ogni fase del procedimento dinanzi alla Corte, la Commissione ha voluto fondare i propri calcoli sui dati numerici più affidabili forniti dalla Repubblica federale di Germania in merito alle percentuali di adesione dei dipendenti comunali al sistema di conversione salariale, ciò che ha condotto la detta istituzione a circoscrivere in definitiva l'oggetto del proprio ricorso nel senso indicato al punto 3 della presente sentenza relativamente al periodo comprendente gli anni dal 2004 al 2007.
- 97 A tale riguardo occorre sottolineare, a titolo preliminare, che l'oggetto della presente controversia può estendersi ad attribuzioni di contratti controverse verificatesi in un momento successivo alla data di scadenza del termine fissato nel parere motivato, ossia il 4 settembre 2006, dato che tali attribuzioni derivano da un comportamento della stessa natura di quello che ha condotto alle attribuzioni considerate nel parere suddetto (v., in tal senso, sentenze 22 marzo 1983, causa 42/82, Commissione/Francia, Racc. pag. 1013, punto 20; 4 febbraio 1988, causa

113/86, Commissione/Italia, Racc. pag. 607, punto 11, e 9 novembre 2006, causa C-236/05, Commissione/Regno Unito, Racc. pag. I-10819, punto 12).

- 98 Per contro, la scelta operata dalla Commissione, nei calcoli da essa effettuati nel corso del presente procedimento, di applicare a tutto il periodo considerato nel suo ricorso i dati numerici riguardanti l'anno 2006, nel corso del quale è scaduto il termine sopra indicato, non tiene conto del fatto che le amministrazioni e aziende comunali che hanno attribuito contratti controversi nel corso degli anni 2004 o 2005 avrebbero potuto, per parte loro, valutare l'appalto di volta in volta interessato soltanto sulla base di stime riguardanti l'anno rispettivamente pertinente tra questi due. Spettava dunque alla Commissione tener conto, nei suoi calcoli riguardanti, rispettivamente, il 2004 e il 2005, dei dati numerici relativi all'anno corrispondente.
- 99 Risulta dalle indicazioni fornite nella controreplica dalla Repubblica federale di Germania che tali dati numerici debbono essere quantificati come segue, in termini, rispettivamente, di importo mensile medio di retribuzione convertita per ciascun lavoratore e di percentuale di partecipazione dei lavoratori del comparto dei comuni e degli enti comunali al sistema di conversione salariale:
- per l'anno 2004: EUR 77,95 e 1,40%;
 - per l'anno 2005: EUR 89,14 e 1,76%.
- 100 Alla luce di tali dati, e tenuto conto del metodo di calcolo applicabile, così come rilevato al punto 89 della presente sentenza, occorre, nel contesto della presente controversia, constatare l'esistenza dell'asserito inadempimento nella misura in cui, senza previa indizione di una gara d'appalto a livello dell'Unione, è intervenuta l'attribuzione in via diretta, ad organismi o imprese contemplati all'art. 6 del TV-EUmw/VKA, di contratti di assicurazione, ad opera:
- nel 2004, di amministrazioni o aziende comunali che contavano all'epoca più di 4 505 dipendenti;
 - nel 2005, di amministrazioni o aziende comunali che contavano all'epoca più di 3 133 dipendenti, e
 - nel 2006 e nel 2007, di amministrazioni o aziende comunali che contavano all'epoca più di 2 402 dipendenti.
- 101 In quarto luogo, la Repubblica federale di Germania sostiene che le città di Berlino, Brema e Amburgo sono state a torto considerate come membri di un'associazione regionale della VKA e, di conseguenza, incluse nella sfera di applicazione del TV-EUmw/VKA.

- 102 A questo proposito, è importante osservare che, a seguito dei chiarimenti forniti dalla Repubblica federale di Germania nel corso del presente procedimento, la Commissione ha escluso la città di Berlino dall'oggetto del proprio ricorso.
- 103 Per contro, quanto alle città di Brema e Amburgo, lo Stato membro suddetto ha riconosciuto che, come risultava dalle indicazioni fornite dalla Commissione nella sua replica, queste due città erano membri, rispettivamente, del Kommunalen Arbeitgeberverband Bremen eV (Associazione dei comuni e degli enti comunali datori di lavoro del Land di Brema) e dell'Arbeitsrechtliche Vereinigung Hamburg eV (Unione giuslavoristica del Land di Amburgo), i quali sono membri della VKA.
- 104 Inoltre, il citato Stato membro non ha supportato con alcun elemento concreto l'affermazione, effettuata nella sua controreplica, secondo cui i dipendenti delle amministrazioni pubbliche di queste due città non rientrano nella sfera di applicazione del TV-EUmw/VKA in ragione dello status particolare dei membri di ciascuna delle due associazioni regionali menzionate al punto precedente della presente sentenza.
- 105 Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, occorre constatare che, nella misura in cui, senza previa indizione di una gara d'appalto a livello dell'Unione, è intervenuta l'attribuzione in via diretta, ad organismi o imprese contemplati all'art. 6 del TV-EUmw/VKA, di contratti relativi a servizi di previdenza complementare aziendale, ad opera, nel 2004, di amministrazioni o aziende comunali che contavano all'epoca più di 4 505 dipendenti, nel 2005, di amministrazioni o aziende comunali che contavano all'epoca più di 3 133 dipendenti e, nel 2006 e nel 2007, di amministrazioni o aziende comunali che contavano all'epoca più di 2 402 dipendenti, la Repubblica federale di Germania ha violato gli obblighi ad essa incombenti, fino al 31 gennaio 2006, in forza del combinato disposto dell'art. 8 e dei titoli III-VI della direttiva 92/50 e, a decorrere dal 1° febbraio 2006, in forza del combinato disposto degli artt. 20 e 23-55 della direttiva 2004/18.
- 106 Il ricorso è respinto per il resto.

Sulle spese

- 107 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Conformemente all'art. 69, n. 3, dello stesso regolamento, se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi, la Corte può ripartire le spese o decidere che ciascuna parte sopporti le proprie. Nel caso di specie, la Commissione e la Repubblica federale di Germania, essendo rimaste soccombenti ciascuna su alcuni capi, sopporteranno le proprie spese.

108 A norma dell'art. 69, n. 4, primo comma, del citato regolamento, il Regno di Danimarca ed il Regno di Svezia, intervenuti nella presente causa, sopporteranno le proprie spese.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara e statuisce:

- 1) **Nella misura in cui, senza previa indizione di una gara d'appalto a livello dell'Unione europea, è intervenuta l'attribuzione in via diretta, ad organismi o imprese contemplati all'art. 6 del contratto collettivo relativo alla conversione salariale a favore dei lavoratori/delle lavoratrici del comparto dei comuni e degli enti comunali (Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/-innen im kommunalen öffentlichen Dienst), di contratti relativi a servizi di previdenza complementare aziendale, ad opera, nel 2004, di amministrazioni o aziende comunali che contavano all'epoca più di 4 505 dipendenti, nel 2005, di amministrazioni o aziende comunali che contavano all'epoca più di 3 133 dipendenti e, nel 2006 e nel 2007, di amministrazioni o aziende comunali che contavano all'epoca più di 2 402 dipendenti, la Repubblica federale di Germania ha violato gli obblighi ad essa incombenti, fino al 31 gennaio 2006, in forza del combinato disposto dell'art. 8 e dei titoli III-VI della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e, a decorrere dal 1° febbraio 2006, in forza del combinato disposto degli artt. 20 e 23-55 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.**
- 2) **Il ricorso è respinto per il resto.**
- 3) **La Commissione europea, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Danimarca ed il Regno di Svezia sopporteranno ciascuno le proprie spese.**

Firme

* Lingua processuale: il tedesco.

