

Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di *favor* e di *non regresso* nelle direttive sociali*

Umberto Carabelli- Vito Leccese

1. - Per clausole di non regresso si intendono quelle clausole, che hanno fatto comparsa nelle direttive sociali fin dalla fine degli anni '80, le quali, quantunque con formulazioni differenziate, stabiliscono, in linea generale, che l'attuazione della specifica direttiva non deve costituire giustificazione, motivo, ragione (sono queste le varie parole utilizzate volta a volta dal legislatore comunitario), per un peggioramento dei trattamenti in materia già in atto nei vari Stati Membri.

Esse pongono all'interprete un delicato problema di rapporti ordinamentali, in quanto – sempre in linea di principio, dato che la concreta formulazione letterale delle stesse potrebbe rivelarsi determinante al fine di definirne l'effettiva portata – sono, o almeno sembrano, suscettibili di far derivare, in capo al singolo Stato, un vincolo *diverso* rispetto a quello della mera trasposizione della disciplina sostanziale derivante dalla direttiva, e dunque del semplice 'adattamento' dell'ordinamento interno a quello comunitario, di cui all'art. 249, co. 3 (nonché 94 e 95), Trattato CE⁹⁸⁹. Tale vincolo, che pure deriverebbe da una norma interna alla medesima direttiva, atterrebbe allo stesso potere/dovere di normazione statale in sé considerato, posto che esso sembrerebbe *imporre* agli Stati Membri di conservare i trattamenti nazionali di miglior favore in vigore al momento dell'attuazione della direttiva medesima, nella materia⁹⁹⁰ incisa da essa; un vincolo, tra l'altro, che parrebbe proiettato anche nel futuro, e non attenere soltanto al momento traspositivo⁹⁹¹.

Prima di passare a riflettere più analiticamente sul contenuto precettivo delle clausole di non regresso, va detto che esse hanno un'origine che potremmo definire assai '*autorevole*', posto che una prima formulazione di questo tipo di clausola può essere rinvenuta nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, il cui ultimo *Considerando* introduttivo affermava, ed afferma tuttora, che «la proclamazione solenne dei diritti sociali fondamentali a livello della Comunità europea non può giustificare, in sede di attuazione, un regresso rispetto alla situazione attualmente esistente in ciascuno Stato membro». Una affermazione, questa, che si presentava priva di immediata vincolatività, non soltanto per il fatto di essere contenuta solo in un *Considerando* della Carta, ma anche per la natura giuridica non direttamente vincolante della

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 35/2005

⁹⁸⁹ Cfr. MOIZARD, 2003, p. 9, il quale rileva come, nel caso di una normativa nazionale attuativa di una regressione, «nous serions dans un cas de figure original où le droit national est conforme aux dispositions matérielles de la directive, mais ne respecte pas les obligations relatives à la mise en oeuvre de celle-ci».

⁹⁹⁰ Per il momento si utilizzerà questo termine, ma è bene avvertire il lettore che parlare genericamente di 'materia' potrebbe talora risultare improprio: v. *infra*, par. 10.1.

⁹⁹¹ Ma anche su questo aspetto ci si soffermerà più avanti, nei parr. 8.1-8.2.

stessa (pur se va ricordato che è ormai ben diffusa la convinzione che il richiamo della Carta del 1989 da parte dell'art. 136 del Trattato di Roma, dopo le modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam del 1997, abbia in qualche misura conferito ad essa una maggiore valenza giuridica)⁹⁹².

Successivamente, una clausola di analogo tenore («la presente direttiva non può giustificare l'eventuale riduzione dei livelli di protezione già raggiunti in ciascuno Stato membro, poiché gli Stati membri, in virtù del Trattato, stanno cercando di promuovere il miglioramento delle condizioni esistenti in questo settore e si sono prefissi l'obiettivo dell'armonizzazione di dette condizioni nel progresso») è stata introdotta nella direttiva n. 89/391 del 12 giugno 1989 (concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro), anche se essa è stata collocata non nell'ambito del testo normativo, bensì tra i *Considerando* introduttivi della medesima. Essa assumeva così, ancora una volta, la veste di norma 'debole', dotata di una precettività estremamente ridotta nei confronti dei singoli ordinamenti⁹⁹³; pur se non va trascurata l'accurata precisazione della funzione assegnata al principio di non regressione, e cioè di soddisfare l'intento degli Stati membri - sancito, appunto, nel Trattato - di promuovere il miglioramento delle esistenti condizioni in tema di salute e sicurezza del lavoro, tramite una 'armonizzazione nel progresso'.

Indubbiamente le due clausole emergenti dai testi appena citati si manifestavano comunque, all'epoca, come delle norme 'di carattere', lasciando trasparire l'emergente consapevolezza dei Paesi membri circa la *specialità* della normativa in materia di tutela sociale che la Comunità – dopo l'originaria 'frigidità'⁹⁹⁴ – aveva cominciato a definire fin dalla metà degli anni '70. Esse rivelavano, infatti, come, in materia sociale, agli stessi Stati membri cominciasse ad apparire iniquo privilegiare l'uniformità delle regole rispetto alla intensità delle tutele; il che, invece, risultava normale in materia di regolamentazione del mercato comune, rispetto alla quale era convinzione generale che ogni vincolo nazionale alla libertà di stabilimento e di servizi, o di circolazione delle merci, nonché degli stessi lavoratori, o comunque alla libera concorrenza degli operatori economici (la quale, in un'accezione ampia, è in grado di raccogliere anche l'essenza di maggior rilievo

⁹⁹² Sui diversi aspetti, cfr. già LA MACCHIA, 1990, p. 785 s.; ARRIGO, 1998, pp. 135 ss., 146 s. e 216; FOGLIA, 1999, p. 6 ss. e 22 s.; POCAR, VIARENGO, 2001, p. 281. Da ultimi, anche per ulteriori rinvii, GIUBBONI, 2003, p. 135 s. e 2004a, p. 14; TOSI, LUNARDON, 2005, p. 25 ss., nonché SCIARRA, 2004a, p. 296 ss., la quale ipotizza l'esaurimento della funzione svolta dalla Carta del 1989 per effetto del processo di costituzionalizzazione in atto. V. altresì, per una specifica applicazione del principio di non regresso di cui alla Carta stessa da parte di un Tribunale francese, la ricostruzione critica di MOIZARD, 2000.

⁹⁹³ Come noto, infatti, i Preamboli degli atti comunitari di diritto derivato (ivi compresi i *Considerando* delle direttive) hanno la funzione di esplicitare la *motivazione* degli atti stessi (v. l'obbligo previsto dall'art. 253, già art. 190, del Trattato), la quale consente, da un lato, agli Stati membri e ai singoli interessati di conoscere le modalità attraverso cui, di volta in volta, il Trattato è stato oggetto di attuazione e, dall'altro, alla Corte di giustizia di esercitare il proprio controllo di legittimità su quegli atti (v., per tutti, TESAURO, 2003, p. 146 ss.; BALLARINO, 2001, p. 124 s.; POCAR, 2001, p. 253 s.). Cfr. anche Corte giust. com. eur. 10 luglio 1990 (259, 334 e 335/1987, *Repubblica ellenica c. Commissione*), che, secondo un autore, avrebbero sancito il «carattere precettivo dei *Considerando*, anche di quelli non riprodotti nel successivo articolato» della direttiva (ANDREONI, 2002, p. 83, nt. 44). Sennonché, non pare si possa condividere questa lettura, non tanto perché le sentenze si riferiscono ai *Considerando* di una decisione e non di una direttiva, quanto perché in esse si afferma che tali *Considerando* «costituiscono parte integrante della decisione e possono quindi contribuire a specificarne l'oggetto e la portata»; in tal modo, come si vede, ne viene, appunto, confermato il valore meramente interpretativo (v. espressamente, in generale, GAJA, 1991, p. 439) - di cui, d'altronde, chi scrive farà tesoro nel prosieguo - e non autonomamente precettivo.

⁹⁹⁴ Cfr., per tutti, MANCINI, 1989.

delle predette libertà sul piano dell'esercizio dell'iniziativa economica) fosse incompatibile con le finalità della stessa Comunità.

2. - Per il vero, a questo riguardo, è importante ricordare come, prima della comparsa delle clausole di non regresso, l'ipotesi che il singolo Stato membro potesse avere già emanato all'atto della approvazione di una direttiva sociale – o potesse voler approvare in epoca successiva – una disciplina di miglior favore per i lavoratori nella materia da essa regolata, fosse già normativamente contemplata a livello comunitario.

Già a partire dalla metà degli anni '70, infatti, in molte delle direttive sociali avevano cominciato a fare capolino clausole che prevedevano la possibilità, per i singoli Stati Membri di applicare o introdurre trattamenti di miglior favore per il lavoratore rispetto a quelli previsti dalle medesime direttive⁹⁹⁵.

Siffatte clausole – che, per chiarezza espositiva, potremmo chiamare clausole di *favor* (più avanti sarà evidente la ragione di questa opzione), per contrapporle a quelle di non regresso, apparse successivamente - sono state riprodotte, con formulazione più o meno analoga, in moltissime delle direttive in materia sociale degli anni '80, '90, e in quelle di quest'ultimo decennio⁹⁹⁶, spesso anche in affiancamento alle clausole di non regressione di cui qui si discute⁹⁹⁷. Sempre le clausole di *favor* sono state talora riprese *anche* nell'ambito dei *Considerando* introduttivi⁹⁹⁸, mentre, in altre circostanze, le clausole dei due tipi risultano presenti *solo* nei *Considerando*⁹⁹⁹. Infine, è bene sin d'ora precisare, per completezza, che in alcune direttive - come risulterà anche dalla trattazione che segue - la clausola di *favor* non compare affatto, mentre è presente la clausola di non regresso o solo nel testo¹⁰⁰⁰, ovvero sia nel testo sia in un *Considerando*¹⁰⁰¹. Inoltre, in una direttiva, se nei *Considerando* si fa riferimento solo al principio di non regresso, nell'articolato si rinviengono invece clausole di entrambi i tipi¹⁰⁰². Ed ancora, in altri casi il legislatore comunitario, nel modificare precedenti direttive, ha anche provveduto ad inserirvi clausole del primo e/o del

⁹⁹⁵ V. art. 8, par. 1, dir. n. 75/34; art. 7, dir. n. 77/187.

⁹⁹⁶ V. art. 9, dir. 80/987; art. 7, dir. n. 80/1107; art. 17, dir. 82/501; art. 1, par. 3, dir. 82/605; art. 1, par. 3, dir. 89/391; art. 9, dir. 91/383; art. 7, dir. 91/533; art. 15, dir. 93/104; clausola 4, punto 1, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 96/34; art. 4, dir. n. 97/80; clausola 6, punto 1, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 97/81; art. 5, dir. n. 98/59; art. 2, par. 1, dir. n. 99/63; clausola 8, punto 1, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 99/70; art. 6, par. 1, dir. 2000/43; art. 8, par. 1, dir. 2000/78; art. 2, par. 1, dir. 2000/79; art. 8, dir. n. 2001/23; art. 10, primo periodo, dir. n. 2002/15; art. 15, dir. n. 2003/88, di 'codificazione' della dir. n. 93/104; cfr. anche art. 9, par. 3, dir. n. 2002/14.

⁹⁹⁷ V. art. 18, par. 3, dir. 93/104; clausola 4, punto 2, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 96/34; art. 6, dir. n. 97/80; clausola 6, punto 2, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 97/81; art. 2, par. 2, dir. n. 99/63; clausola 8, punto 2, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 99/70; art. 6, par. 2, dir. 2000/43; art. 8, par. 2, dir. 2000/78; art. 2, par. 2, dir. 2000/79; art. 9, par. 4, dir. n. 2002/14; art. 10, secondo periodo, dir. n. 2002/15; art. 23, dir. n. 2003/88.

⁹⁹⁸ V. dirr. n. 97/81, 2000/43, 2000/78, 2000/79, 2002/14.

⁹⁹⁹ V. dirr. n. 2002/44, 2003/10 e 2004/40.

¹⁰⁰⁰ Art. 16, dir. n. 94/33; art. 2, par. 3, dir. n. 2000/34.

¹⁰⁰¹ Dir. n. 92/85.

¹⁰⁰² Dir. n. 96/34.

secondo tipo¹⁰⁰³.

Ciò premesso, va rilevato che le clausole di *favor* – che trovano, a loro volta un importante precedente nell'art. 32 della Carta sociale europea del 18 ottobre 1961¹⁰⁰⁴ – avevano (ed hanno tuttora) una portata diversa da quelle di non regresso, o più precisamente una valenza, per quanto significativa, di minor rilievo rispetto ai comportamenti attuativi del singolo Stato. Esse, infatti, a ben vedere, pur condividendo – come si vedrà meglio tra breve – le medesime finalità delle clausole di non regressione (e cioè di promuovere la parificazione delle condizioni di vita e di lavoro nel progresso, secondo l'obiettivo che fin dall'origine il Trattato di Roma aveva posto a fondamento della Comunità: cfr. originario art. 117, co. 1°), si limitavano a riconoscere agli Stati membri la *facoltà* di conservare o di introdurre eventuali trattamenti migliorativi per il lavoratore, esplicitando in tal senso un principio di *favor* nei confronti della parte più debole del contratto di lavoro. Un principio questo non estraneo, d'altronde, alla normativa internazionale in materia di lavoro¹⁰⁰⁵.

Quel che più interessa segnalare, comunque, è che nel corso degli anni l'ambito di riferimento di tale principio ha assunto una dimensione più ampia, una valenza più generale. Già con l'Atto Unico Europeo (AUE) del 1986, infatti, nel Trattato veniva introdotto l'art. 118 A, il quale, dopo aver stabilito

- che gli Stati membri «si adoperano per promuovere il miglioramento in particolare dell'ambiente di lavoro per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori e si fissano come obiettivo l'armonizzazione, in una prospettiva di progresso, delle condizioni esistenti in questo settore» (par. 1);

- che per contribuire alla realizzazione di tale obiettivo il Consiglio «adotta mediante direttive le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro» (par. 2, co. 1°);

- che tali direttive «eviteranno di imporre vincoli amministrativi finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese» (par. 2, co. 2°),

giungeva infine a sancire

- che «le disposizioni adottate a norma del presente articolo non ostano a che ciascuno Stato membro mantenga e stabilisca misure, compatibili con il presente Trattato, per una maggiore protezione delle condizioni di lavoro» (par. 3).

La specificità della (allora) nuova disposizione del Trattato, nella prospettiva della tematica qui affrontata, non va sottaciuta. Se, da un lato, essa introduceva la regola secondo cui l'intervento comunitario in tale materia doveva avvenire tramite direttive contenenti *prescrizioni minime*, al fine di tener conto delle esigenze ed equilibri economici e sociali interni dei vari Stati, dall'altro lato essa codificava a livello di norma fondamentale del Trattato in materia di salute e sicurezza del lavoro quel principio di *favor* nei confronti delle normative nazionali migliorative, prima

¹⁰⁰³ Entrambe le clausole, ad esempio, sono state inserite nella dir. n. 76/207, da parte della dir. n. 2002/73; quella di non regresso è stata inserita, ad opera della dir. n. 2002/74, nella dir. n. 80/987, che, come detto, già conteneva la clausola di *favor*.

¹⁰⁰⁴ «Le disposizioni della presente Carta non devono ledere le disposizioni del diritto interno e dei trattati, delle convenzioni e degli accordi bilaterali o multilaterali che sono o entreranno in vigore e che fossero più favorevoli alle persone protette».

¹⁰⁰⁵ V., anche per i necessari riferimenti, GAROFALO L., 2004, p. 41 s.

affermato in modo occasionale in singole direttive, ponendo peraltro la condizione che le misure di maggiore protezione fossero *compatibili* con il Trattato medesimo.

Non ci si può nascondere come queste varianti rispetto al tenore delle clausole contenute nelle precedenti direttive sociali proiettassero una nuova luce sul predetto principio di favore.

Anzitutto, nell'art. 118 A, gli interventi comunitari in materia di salute e sicurezza del lavoro venivano prospetticamente fondati su direttive contenenti, appunto, «prescrizioni minime», onde riceveva ulteriore fondamento giustificativo il predetto principio del *favor*, a fronte della maggiore possibilità che nei singoli Stati membri fossero già presenti discipline più vantaggiose per i lavoratori nella materia regolata da una direttiva. Si potrebbe, anzi, addirittura rinvenire una vera e propria consequenzialità tra i due profili¹⁰⁰⁶, come del resto affermato dalla Corte di giustizia: secondo il giudice comunitario, infatti, il predetto riferimento all'adozione di «prescrizioni minime» non poteva essere letto come limite alla «intensità dell'azione» che la Comunità «può ritenere necessaria per [...] promuovere il miglioramento - in una prospettiva di progresso - delle condizioni relative alla sicurezza e alla salute dei lavoratori», ma, al contrario, era utilizzato nel Trattato, come confermato dal par. 3 dell'art. 118 A, al solo fine di consentire agli Stati membri di «adottare norme più rigorose». L'art. 118 A, insomma, non intendeva limitare «l'intervento comunitario al minimo denominatore comune, ovvero al più basso livello di tutela fissato dai diversi Stati membri», bensì proprio consentire livelli nazionali di tutela maggiori rispetto a quelli sanciti nelle direttive¹⁰⁰⁷.

Al tempo stesso, peraltro, il principio di *favor* non veniva *sic et simpliciter* 'riprodotto' nella disposizione in questione, bensì veniva temperato dal vincolo secondo cui le misure di maggiore protezione delle condizioni di lavoro dovevano risultare «compatibili con il presente Trattato».

Su questo aspetto occorre soffermarsi con attenzione, anche perché, è bene sottolinearlo immediatamente, quella che era stata concepita dall'Atto Unico come regola specificamente dedicata alla materia della salute e sicurezza del lavoro, era stata poi ripresa nell'art. 2, par. 5, dell'Accordo sulla politica sociale (APS) – notoriamente raggiunto da soli 11 Stati membri in occasione della sottoscrizione del Trattato di Maastricht¹⁰⁰⁸ – che l'aveva riferita, questa volta, a tutti i campi costituenti oggetto di intervento in materia di politica sociale. La stessa regola è stata poi trasferita, con qualche differenza terminologica, nel testo del Trattato istitutivo per effetto delle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam, così acquisendo efficacia nei confronti di tutti gli Stati

¹⁰⁰⁶ V. anche GAROFALO L., 2004, p. 46.

¹⁰⁰⁷ Corte giust. com. eur. 12 novembre 1996 (C-84/94, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio*, in *Racc.*, 1996, I, p. 5755 ss., nonché in numerose riviste, tra cui *Not. giur. lav.*, 1996, p. 813 e *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 50), spec. punti 17, 42 e 56 della motivazione. Ma v. già Corte giust. com. eur., parere del 19 marzo 1993 (2/91), in *Foro it.*, 1994, IV, c. 4 ss., spec. punti 16 e 18, nonché, successivamente, Corte giust. com. eur. 17 dicembre 1998 (C-2/97, *Società italiana petroli spa (IP) c. Borsana srl*), punto 35.

La connessione tra i due profili sembra alla fine essere stata ben esplicitata dal legislatore comunitario nel Considerando n. 5 della dir. n. 2004/40 (invero successiva al Trattato di Amsterdam ed alla 'sublimazione' della clausola *de qua* nell'art. 137, par. 5, ora par. 4, secondo trattino: v. *infra*), ove si afferma che «la presente direttiva stabilisce requisiti minimi e lascia *quindi* agli Stati membri la facoltà di mantenere o di adottare disposizioni più favorevoli per la protezione dei lavoratori, in particolare fissando valori inferiori per i valori di azione o per i valori limite di esposizione ai campi elettromagnetici», dove l'uso della parola *quindi* vale a confermare quanto detto in testo.

¹⁰⁰⁸ Sul cosiddetto sistema del *doppio binario* (o della politica sociale a *due vie*), vigente a partire dal Trattato di Maastricht e fino al Trattato di Amsterdam, v. - per tutti - ARRIGO, 1998, p. 138 ss.

membri (cfr. art. 137, par. 5; art. 137, par. 4, secondo trattino, dopo le ulteriori variazioni successive al Trattato di Nizza)¹⁰⁰⁹. Si ricordi, comunque, quanto accennato più sopra, e cioè che clausole che *ribadiscono* il principio del *favor* sono ancora rinvenibili anche nelle direttive più recenti; il che, per il vero, non aggiunge né toglie alcunché al ragionamento che segue, dato che tali clausole, per quanto di formulazione non sempre perfettamente corrispondente a quella dell'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), devono evidentemente essere lette in piena coerenza con quest'ultima. Ciò riguarda in particolare il fatto che nelle clausole predette è assente il riferimento alla 'compatibilità' con il Trattato; principio che - una volta che di esso si sia data l'interpretazione più coerente con il diritto comunitario, su cui ci si soffermerà tra breve - deve (ormai) ritenersi sempre operante anche in assenza di specifico richiamo nella singola direttiva.

3. A fronte della formulazione relativamente generica della norma, si è dedotto da un autore che la *facoltà* riconosciuta agli Stati membri di *mantenere* o *stabilire* misure di maggiore protezione rispetto alle ormai numerose materie sociali di competenza comunitaria per le quali intervenga una disciplina comunitaria, «non [è] incondizionata, bensì, ed al contrario, subordinata alla compatibilità del *favor* con il Trattato stesso». Con ciò, tale dottrina ha inteso segnalare la funzione limitativa svolta, da un lato, dai vari obiettivi tipicamente economici enunciati nell'art. 2 (e cioè quelli di «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche», di un «elevato grado di convergenza dei risultati economici», di una «crescita sostenibile e non inflazionistica» e così via) e, dall'altro lato, dallo stesso obiettivo della promozione dell'occupazione di cui allo stesso art. 2 ed all'art. 136 (il quale, sempre secondo questa dottrina, non sarebbe «incondizionatamente compatibile con "il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la parificazione nel progresso", sembrando difficile negare l'implicazione bidirezionale sussistente fra propensione all'incremento occupazionale e grado di protezione inderogabile del lavoro subordinato, per le rigidità ed i costi crescenti che quest'ultimo comporta per le imprese, man mano che il livello anelastico di tutela si innalza»)¹⁰¹⁰.

A questo riguardo occorre, tuttavia, evidenziare in via preliminare che la formula della 'compatibilità' non può essere certamente intesa, *sic et simpliciter*, nel senso della necessaria totale *subordinazione* degli interventi nazionali più protettivi agli obiettivi di politica economica ed occupazionale enunciati nelle predette disposizioni.

È da sottolineare infatti (ma sul punto si tornerà più ampiamente *infra*) che ormai - soprattutto dopo le modifiche introdotte dai Trattati di Maastricht e di Amsterdam - l'azione della Comunità, ai sensi dell'art. 2 del Trattato, deve comunque mirare ad assicurare non solo i predetti obiettivi di politica economica, cui sono state sin dall'origine funzionali le libertà economiche fondamentali, ma anche quello di un «elevato livello occupazione e di protezione sociale»; così come ai

¹⁰⁰⁹ Disposizioni con analogo contenuto sono state introdotte all'art. 153, par. 5, in materia di tutela del consumatore e all'art. 176, in materia di ambiente. Merita di essere segnalato che in Francia un autore (MOIZARD, 1999, 916 ss.), in relazione alla clausola in esame contenuta nell'art. 118A, ha sostenuto - riprendendo suggerimenti provenienti dal dibattito dottrinale sviluppatosi in quel paese - che essa fissa «un nouveau principe de protection national renforcée»; in verità chi scrive preferisce, per designare la caratteristica di queste clausole, l'utilizzo della parola *favor*, più familiare alla cultura giuslavoristica italiana.

¹⁰¹⁰ DONDI, 2004, parr. 3 e 4 del dattiloscritto.

sensi dell'art. 136, co. 1, in materia di politica sociale, la Comunità stessa e gli Stati membri hanno come obiettivi tanto «la promozione dell'occupazione» quanto «una protezione sociale adeguata». Inoltre, mentre sul piano della promozione dell'occupazione l'azione comunitaria e degli Stati membri passa genericamente (non attraverso normative di tipo precettivo, bensì) attraverso le 'deboli' politiche di coordinamento di cui al Titolo VIII del Trattato stesso¹⁰¹¹, per quanto riguarda la *protezione sociale* il Trattato (agli artt. 136 e 137), riconosce e garantisce, soprattutto, sia l'intervento positivo regolativo (di tipo tradizionale) della Comunità sia gli interventi di tutela operati direttamente dagli Stati membri¹⁰¹².

Ebbene, al di là del valore programmatico che solitamente si attribuisce a tali previsioni anche in relazione al perseguimento degli specifici obiettivi di protezione sociale, sembra possibile in realtà sostenere che da esse, nonché dal rilievo assegnato dal Trattato all'intervento positivo della Comunità e degli Stati membri in materia di protezione sociale – quale emergente dall'intero Titolo I, Capitolo I - debba ormai farsi derivare un vero e proprio generale e vincolante *principio comunitario di tutela del lavoro*, in grado di collocarsi di fronte alle tradizionali libertà economiche (su cui si sono, invece, preliminarmente fondate le politiche di integrazione e di sviluppo finalizzate al perseguimento degli obiettivi economici della Comunità). Di modo che, a voler essere coerenti fino in fondo, dovrebbe riconoscersi che, ai fini di un giudizio di 'compatibilità' quale quello sopra indicato – una volta che siano state estrapolate e collocate nella loro specifica dimensione le politiche di promozione dell'occupazione – v'è per il resto l'esigenza di una giusta ponderazione tra il principio di tutela del lavoro e le libertà economiche sancite dal Trattato stesso e, prima ancora, di un'equilibrata definizione dei criteri sulla cui base effettuare tale ponderazione.

Ciò premesso, va poi notato che, sempre nell'art. 136, co. 1, la prospettiva secondo cui gli interventi di tutela del lavoro (tanto comunitari che nazionali) devono proporsi come obiettivo «un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso», è presa in considerazione, in realtà, come una semplice eventualità, onde, *sotto questo aspetto*, resta pienamente condivisibile quanto a buona ragione sostenuto in relazione alla (intera) disposizione in questione e cioè che essa ha (ed ha conservato anche dopo il Trattato di Amsterdam) un contenuto di tipo puramente *programmatico*¹⁰¹³. Da questa parte della disposizione, insomma, non pare possa trarsi un qualsivoglia 'principio' di necessaria e continua crescita delle tutele; da essa trae forza, invece, la *mera aspettativa* di un virtuoso allineamento verso l'alto delle tutele (anche su questo punto si tornerà più analiticamente nel prosieguo). Un aspetto, questo, di cui deve tenersi adeguato conto nel momento in cui si proceda ad una valutazione di ammissibilità di vincoli comunitari che siano in grado di comprimere il potere regolativo degli ordinamenti nazionali.

Se tutto ciò è vero, qual è dunque il valore che l'interprete deve attribuire al limite della 'compatibilità' di cui all'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), del Trattato, quale parametro su cui misurare – a fronte di una direttiva sociale – la legittimità della conservazione di preesistenti

¹⁰¹¹ Sul punto cfr., per tutti, BARNARD, 2000, p. 42 ss., nonché *infra*, par. 5.1, quanto si dirà a proposito del *soft law*.

¹⁰¹² Sul punto v. *infra*, al par. 5.1, quanto si dirà in merito alla conferma di questo quadro anche dopo il Trattato di Nizza.

¹⁰¹³ Tale valenza, confermata dalla stessa Corte di giustizia, non implica che i suddetti obiettivi siano privi di efficacia giuridica, poiché «essi costituiscono in realtà elementi importanti, in particolare, per l'interpretazione di altre disposizioni del Trattato e del diritto comunitario nel campo sociale»: v., tra le altre, con riferimento all'originario testo dell'art. 117 (e, in definitiva, anche dell'art. 2), Corte giust. com. eur. 17 marzo 1993 (C-72/91 e 73/91, *Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziese mer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*), spec. punti 25-28, ove ulteriori richiami. Cfr. sul punto anche BARNARD, 2000, 18; DONDI, cit.

(o anche dell'introduzione di nuovi) trattamenti di miglior favore da parte di uno Stato membro? È ricavabile dalla evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia un orientamento corrispondente alla emersione del principio di tutela del lavoro cui si è sopra fatto riferimento?

La Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi, a questo riguardo, in un caso (*Borsana*) in cui era in questione la clausola di *favor* contenuta nel vecchio art. 118 A del Trattato (diretto precedente dell'art. 137, par. 5), giungendo ad affermare la 'compatibilità' con il Trattato di una disposizione legislativa italiana (l'art. 62 del decreto legislativo n. 626 del 1994, che obbliga il datore di lavoro a ridurre l'esposizione dei lavoratori ad un agente cancerogeno a prescindere dalla valutazione del rischio) migliorativa di quella contenuta in una direttiva sociale (l'art 5 della direttiva n. 90/394 del 28 giugno 1990). Più specificamente, i giudici comunitari, in tale sentenza, hanno precisato:

- che tale disposizione «costituisce una misura per una maggiore protezione delle condizioni di lavoro autorizzata dall'art. 118 A, n. 3, del Trattato e dalla direttiva 90/394»;
- che una siffatta disposizione nazionale «si applica in modo non discriminatorio e non ostacola l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato»;
- che, «trattandosi di una misura per una maggiore protezione delle condizioni di lavoro compatibile con il Trattato [...], non spetta alla Corte pronunciarsi sul rispetto, da parte di tale normativa e delle sanzioni che la accompagnano, del principio di proporzionalità»¹⁰¹⁴.

La pronuncia è di particolare interesse, in quanto tratteggia un percorso argomentativo secondo il quale, verificato se effettivamente la singola misura nazionale costituisca, appunto, una misura per una maggiore protezione delle condizioni di lavoro, si passa poi a valutare la natura discriminatoria o meno delle previsioni incriminate, giungendo infine a considerarne la conformità con le libertà fondamentali del Trattato e ad escludere la necessità di un giudizio di proporzionalità.

Orbene, quanto al primo passo, la verifica ci sembra non possa che essere analoga a quella che si rivelerà essenziale in tema di clausole di non regresso; si rinvia dunque al seguito (par. 10.2), per una più compiuta riflessione sui criteri da seguire in tale valutazione.

Quanto al secondo, in questa sede non si procederà ad una sua specifica trattazione, dato che le questioni che si intendono qui affrontare si fondano sul presupposto che la disciplina di tutela lavoristica in ipotesi rilevante sia indistintamente applicabile a tutte le imprese che operino all'interno dello Stato membro (e di questo si avrà conferma dalla trattazione che segue).

Quanto, infine, al terzo, esso pone, evidentemente, all'interprete il problema di indagare appieno sul significato preciso delle parole della Corte di giustizia; problema che risulta particolarmente complesso, anche perché la sua soluzione richiede un'indagine che varca in parte i confini del diritto del lavoro e che deve fare i conti con l'evoluzione della giurisprudenza della stessa Corte in tema di libertà di circolazione e di concorrenza. Si tratta, d'altronde, di uno degli aspetti di maggiore tensione sia giuridico-istituzionale, sia politica per la Comunità europea, anche nell'ambito del processo di allargamento e di quello di approfondimento dei vincoli 'costituzionali' dell'Unione.

¹⁰¹⁴ Corte giust. com. eur. 17 dicembre 1998 (C-2/97), cit., punti 37 ss. Sul procedimento interpretativo seguito dalla Corte in questa pronuncia si tornerà più avanti (par. 5.2).

4. - In effetti, non si può trascurare che – a prescindere dalla clausola di *favor* di cui stiamo trattando – non sono mancati casi in cui la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi in generale sul delicato rapporto tra (ciascuna del)le fondamentali libertà economiche comunitarie e le finalità di protezione sociale volta a volta perseguite dai singoli Stati membri attraverso proprie discipline nazionali; e, in proposito, essa ha effettivamente ritenuto ammissibile un giudizio di compatibilità di normative interne di tutela del lavoro con le libertà economiche fondamentali del Trattato, così presupponendo, a ben vedere, un'equiparazione della normativa di protezione del lavoro con una qualsivoglia normativa restrittiva di una delle libertà economiche fondamentali.

Nei confronti di una siffatta scelta della Corte di giustizia si è parlato addirittura di assalto alla cittadella del diritto del lavoro, paventandosi il rischio dell'apertura di un 'fronte di lotta' dalle imprevedibili conseguenze, ed anzi giungendosi a riflettere in modo rassegnato sull'ineluttabilità di una tendenza comunitaria verso un «*droit de la concurrence fondée sur la réduction du coût de la main-d'oeuvre*»¹⁰¹⁵.

In verità, chi scrive ritiene che in queste affermazioni vi sia forse un eccessivo 'pessimismo'. Se è vero, infatti, che si è in presenza di un aspetto di importanza determinante in relazione ai futuri destini del diritto sociale sia comunitario che dei vari Paesi membri, è pur vero che una lettura metodica e puntuale delle pronunce della Corte di giustizia, analizzate anche nella loro evoluzione, lascia piuttosto trasparire l'acquisizione, da parte dei giudici comunitari, di una sempre maggiore consapevolezza circa l'inadeguatezza (anche se non l'assoluta impossibilità) di un giudizio di compatibilità nel quale la norma di protezione del lavoro risulti imputata in via presuntiva di una colpa (quella, appunto, di ledere codeste libertà) rispetto alla quale - al fine di evitare il giudizio di incompatibilità - le viene richiesto di dimostrare la propria 'innocenza'. E d'altronde, come si avrà modo di specificare nel corso della trattazione (cfr. par. 4.1), i problemi sollevati dinnanzi alla Corte hanno essenzialmente riguardato non la normativa di tutela del lavoro in sé considerata, bensì il profilo dell'assoggettamento alla disciplina nazionale di tutela di soggetti appartenenti ad altri Stati membri.

A ciò deve aggiungersi che, come accennato e come meglio si vedrà più avanti (par. 4.2), le esigenze di protezione sociale hanno trovato ormai, già dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Maastricht, e poi con le innovazioni introdotte da quello di Amsterdam, un'autonoma e definitiva collocazione tra le finalità fondamentali della Comunità europea, al punto da fondare un vero e proprio generale principio comunitario di tutela del lavoro, onde ogni confronto con gli obiettivi economici fondamentali del Trattato e con le correlate libertà deve avvenire ora alla luce di questo nuovo assetto.

Orbene, su tale evoluzione tanto della giurisprudenza della Corte di giustizia, quanto dei contenuti del Trattato CE, è bene soffermarsi brevemente, dato il rilievo che queste riflessioni possono avere, come si vedrà, anche ai fini dell'indagine sulle clausole di *favor* condotta in questa sede.

¹⁰¹⁵ LYON-CAEN G., 1992, p. 319. Per altre colorite espressioni utilizzate dalla dottrina per descrivere questo fenomeno, v. GIUBBONI, 2003, p. 165.

4.1 - In effetti, passando ad esaminare nella loro evoluzione le sentenze della Corte più significative ai nostri fini, occorre senz'altro partire, come d'altronde riconoscono tutti i commentatori che si sono in qualche modo interessati al tema¹⁰¹⁶, dalla notissima sentenza *Dassonville* e dalla successiva *Cassis de Dijon*. Si tratta infatti di pronunce che, pur avendo come loro oggetto di osservazione l'impatto sulle libertà garantite dal Trattato (in particolare, sulla libera circolazione delle merci) di norme interne non aventi finalità di tutela del lavoro, contengono comunque affermazioni che hanno condizionato la successiva giurisprudenza della Corte (e, ovviamente, la riflessione dottrinale) sulle questioni qui affrontate.

Nella prima sentenza¹⁰¹⁷, relativa ad una legislazione nazionale che vietava l'importazione di un prodotto recante una denominazione d'origine qualora lo stesso non fosse accompagnato dall'apposito certificato (rilasciato dal governo del paese esportatore e attestante il diritto alla predetta denominazione), la Corte ha ritenuto che «ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative» degli scambi (punto 5), come tale vietata dall'art. 30 del Trattato (art. 28, dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam). Ciò premesso, la Corte ha precisato che, se è vero che i legislatori nazionali, in attesa di un regime comunitario che preveda specifiche garanzie per i consumatori, possono stabilire prescrizioni volte ad assicurare simili garanzie e/o ad evitare comportamenti sleali tra imprese, è pur vero che tale possibilità è comunque sottoposta alla generale condizione che i provvedimenti nazionali siano «ragionevoli» e, con riferimento al caso di specie, che «i mezzi di prova richiesti [per dimostrare l'origine del prodotto] non abbiano per effetto di ostacolare il commercio fra gli Stati membri, ma siano accessibili a tutti i cittadini comunitari» (punto 6).

Si tratta, com'è evidente, di affermazioni che, quantunque espresse con riferimento ad una specifica e particolare questione, sono però formulate in modo talmente netto e, al contempo, generale da poter essere poi adattate ad ipotesi anche profondamente diverse rispetto a quella originaria. E ciò è puntualmente avvenuto¹⁰¹⁸, talora con rilevanti precisazioni come nell'altrettanto nota pronuncia data sul caso *Rewe-Zentrale* (meglio conosciuto come caso *Cassis de Dijon*)¹⁰¹⁹.

In questa seconda sentenza, il problema posto all'attenzione della Corte era se una prescrizione nazionale, relativa alle caratteristiche che devono avere certi prodotti (nel caso di specie al contenuto minimo di alcool per taluni liquori) per essere commercializzati nel territorio dello Stato, costituisca una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione vietata dall'art. 30 (ora art. 28) del Trattato, pur essendo indistintamente applicabile sia ai prodotti nazionali che a quelli di importazione.

Anche in questo caso, ciò che domina nell'argomentazione della Corte è la verifica della

¹⁰¹⁶ Una ricostruzione critica dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte sui problemi connessi al rapporto tra le libertà del Trattato e le normative interne di protezione sociale è rinvenibile in ROCCELLA, 1997; BARBERA, 2000; GIUBBONI, 2003, p. 183 ss.

¹⁰¹⁷ Corte giust. com. eur. 11 luglio 1974 (8/74, *Procureur du Roi c. Dassonville*).

¹⁰¹⁸ Per una ricostruzione delle pronunce successive della Corte in cui viene riproposta o, comunque, utilizzata la cosiddetta formula *Dassonville*, v. TESAURO, 1995, p. 272 ss.

¹⁰¹⁹ Corte giust. com. eur. 20 febbraio 1979 (120/78, *Rewe-Zentrale AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*).

sussistenza di un *effetto* equivalente alla restrizione quantitativa, senza che alcun rilievo sia attribuito, come del resto in *Dassonville*, alla sussistenza di un *intento* discriminatorio¹⁰²⁰.

Ciò nonostante, non può sfuggire l'affinamento dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte. Nella pronuncia *Cassis de Dijon*, infatti, la Corte precisa che «gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti [...] vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori» (punto 8, secondo periodo). Ebbene, al di là dell'esito finale della valutazione compiuta dal giudice comunitario in relazione al caso di specie¹⁰²¹, non può essere sottovalutata la (qui più) chiara affermazione di principio relativa alla possibile soccombenza delle esigenze di libera circolazione delle merci (pur costituenti, come rammenta la Corte, «uno dei principi fondamentali della Comunità») al cospetto di altre esigenze (non necessariamente enunciate dal Trattato) che, almeno in potenza, possono evidentemente essere valutate come prevalenti; si tratta, inoltre, di esigenze delle quali nella pronuncia è fornito un elenco non certo tassativo (come si evince anche dall'utilizzo dell'espressione «in particolare») e che, del resto, è stato successivamente ampliato dalla stessa Corte¹⁰²².

Nella successiva evoluzione della giurisprudenza della Corte questi principi, pur frequentemente richiamati, sono stati peraltro ancora oggetto di ulteriori affinamenti. Così, i giudici comunitari, da un lato, hanno progressivamente arricchito il catalogo delle esigenze imperative di cui la normativa nazionale può essere espressione (ampliamento evidentemente connesso alla sottoposizione alla Corte di questioni relative a discipline nazionali con finalità diverse rispetto a quelle oggetto di precedenti giudizi)¹⁰²³. Dall'altro, essi hanno chiarito il significato del giudizio di ragionevolezza, abbozzato (anzi, meramente enunciato) nella sentenza *Dassonville* e implicitamente

¹⁰²⁰ Cfr. POIARES MADURO, 2001, p. 274 («the ECJ for a long period applied the free movement of goods to national rules whose effect on trade was not a consequence of discrimination against imports, but simply a side-effect of the restriction imposed even on domestic trade as a consequence of market regulation»).

¹⁰²¹ La Corte ha ritenuto che le specifiche prescrizioni restrittive sottoposte alla sua valutazione nel caso *Cassis de Dijon* non perseguissero «uno scopo d'interesse generale atto a prevalere sulle esigenze della libera circolazione delle merci, che costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità». Al contrario, «l'effetto pratico [anche se non l'obiettivo] di prescrizioni di tal genere consiste principalmente nel garantire un vantaggio» ai prodotti nazionali dotati di una certa caratteristica, «allontanando dal mercato nazionale i prodotti d'altri Stati membri» che, pur legalmente prodotti e messi in commercio secondo le discipline vigenti in questi ultimi, non posseggono però tale caratteristica. In definitiva, quelle prescrizioni costituiscono «un ostacolo per gli scambi incompatibile con l'art. 30 del Trattato» (punto 14 s. della sentenza).

¹⁰²² Cfr. CRAIG, DE BÚRCA, 2003, p. 638 ss., ove possono anche essere reperiti numerosi riferimenti agli sviluppi successivi della giurisprudenza comunitaria, in ragione dei principi elaborati nel caso in esame. Questi principi, del resto, hanno dato luogo all'elaborazione di specifici orientamenti da parte della Commissione, presentati in una apposita *Comunicazione* relativa alle conseguenze della pronuncia in questione (la Comunicazione è reperibile in GUCE, n. C-256 del 3 ottobre 190, p. 0002-0003).

¹⁰²³ Il problema del rapporto tra la categoria delle esigenze imperative - che in più occasioni la Corte ha ritenuto essere una 'categoria aperta' - e i motivi giustificativi di interventi legislativi nazionali che introducano restrizioni quantitative alla circolazione delle merci di cui all'art. 36 (ora art. 30), sono ancora da indagare fino in fondo (cfr., sul punto, le considerazioni di CRAIG, DE BÚRCA, 2003, p. 659 ss.). E, d'altro canto, val la pena di segnalare sin d'ora che il medesimo problema si propone con riferimento agli interventi limitativi delle altre libertà fondamentali (cfr. ancora CRAIG, DE BÚRCA, 2003, p. 719; p. 785 s.; p. 823), sui quali, come si vedrà più avanti, la giurisprudenza della Corte ha finito per elaborare un percorso analogo a quello esaminato in testo con riferimento alla libertà di circolazione delle merci.

fatto proprio nella stessa *Cassis De Dijon*¹⁰²⁴, evidenziando la necessità che le normative interne, oltre a rispondere alle predette esigenze imperative, risultino comunque «*proporzionate* agli scopi perseguiti e che, se uno Stato membro dispon[ga] di mezzi meno restrittivi che consentano di raggiungere gli stessi scopi», debba farvi ricorso¹⁰²⁵.

Ciò detto, va segnalato che sia l'affinamento dei principi giustificativi, sia il predetto giudizio di 'proporzionalità' rispetto allo scopo hanno caratterizzato, in particolare, una serie di pronunce della Corte di giustizia riguardanti normative nazionali su materie del commercio o della produzione - e come tali sottoposte alla valutazione del giudice comunitario in relazione al rispetto dei principi della libera circolazione e concorrenza - ma aventi *indirettamente* riflessi sulla tutela lavoristica.

A tale riguardo, è da ricordare il filone particolarmente significativo delle sentenze in materia di chiusura domenicale degli esercizi commerciali¹⁰²⁶, inaugurato con la pronuncia resa nel caso *Torfaen* (noto anche come caso *B&Q*)¹⁰²⁷, nella quale la Corte ha dovuto valutare «se nel concetto di misure d'effetto equivalente a restrizioni quantitative ai sensi dell'art. 30 [...] rientri altresì una norma che vieta l'apertura domenicale di esercizi commerciali al minuto in quanto il divieto determina un calo in termini assoluti del volume delle vendite di detti esercizi, in particolare delle vendite di articoli importati da altri Stati membri».

In proposito, la Corte - dopo aver notato che una simile normativa non rileva sul piano discriminatorio in quanto «trova applicazione indistintamente per le merci importate ed i prodotti nazionali» e, quindi, «in linea di principio, la vendita dei prodotti importati da altri Stati membri non è [...] resa più difficile della vendita delle merci nazionali» (punto 11) - ha affermato che le normative nazionali che disciplinano gli orari di vendita al minuto sono «espressione di determinate scelte politiche ed economiche in quanto sono intese a garantire una ripartizione degli orari di lavoro e di riposo rispondente alle peculiarità socio-culturali nazionali o regionali la cui valutazione spetta, nella fase attuale del diritto comunitario, agli Stati membri» (punto 14, il quale racchiude quella che potremmo definire come 'formula *Torfaen*')¹⁰²⁸. La stessa Corte, poi, sempre proseguendo sul sentiero tracciato dalle sue precedenti pronunce, è giunta a considerare che, poiché la presenza di esigenze di rilevante valore non esclude l'ostacolo che da una siffatta normativa

¹⁰²⁴ Là dove la Corte, dopo aver precisato che le prescrizioni nazionali devono essere *necessarie* per rispondere ad esigenze imperative, si interroga sulla possibilità che gli obiettivi siano raggiunti per una diversa via, non incidente sulla circolazione delle merci.

¹⁰²⁵ V., tra le altre, Corte giust. com. eur. 14 luglio 1988 (90/86, *procedimento penale contro Giorgio Zoni*, c.d. caso *Paste alimentari*), punto 10. Ma v. già Corte giust. com. eur. 10 novembre 1982 (261/1981, *Walter Rau Lebensmittelwerke c. De Smedt P.V.B.A.*), punto 12; Corte giust. com. eur. 12 marzo 1987 (178/84, *Commissione c. Repubblica federale tedesca*, c.d. caso sulla *Purezza della birra*), punto 28.

¹⁰²⁶ Per una dettagliata ricostruzione di questo filone e per i necessari rinvii alla letteratura, anche straniera, v. ROCCELLA, 1997, p. 85 ss.

¹⁰²⁷ Corte giust. com. eur. 23 novembre 1989 (145/88, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc*).

¹⁰²⁸ In questa sede (al punto 13) la Corte richiama anche la propria precedente pronuncia del 14 luglio 1981 (155/80, *procedimento penale contro Sergius Oebel*), e ritiene applicabile anche al caso di specie l'affermazione in essa formulata, alla cui stregua una normativa nazionale in materia di orari di lavoro, di consegna e di vendita nel settore della panetteria e della pasticceria «rappresenta una legittima scelta di politica economica e sociale, conforme agli scopi d'interesse generale perseguiti dal Trattato». In realtà, ai fini della nostra trattazione quest'ultima sentenza assume rilievo soprattutto nella diversa prospettiva di valutare la conformità con il Trattato di una tutela lavoristica nei cui confronti un operatore *interno* lamenta la lesione di una delle libertà economiche (nel caso di specie, la libera circolazione delle merci, colta sotto il profilo della libertà di esportazione di cui all'art. 34 - ora art. 29 - del Trattato).

nazionale deriva agli scambi, si deve comunque accertare se gli effetti di tali normative nazionali «non eccedano quanto necessario per conseguire lo scopo perseguito» (punto 15)¹⁰²⁹.

Ebbene, pur senza voler sopravvalutare - alla luce di questa sola pronuncia, resa su una specifica questione, nella quale si lascia comunque spazio ad una valutazione di proporzionalità delle misure interne - il mutamento terminologico rispetto al caso *Cassis de Dijon*, non si può però trascurare che altro è parlare in generale di «esigenze imperative», altro è riferirsi a «scelte politiche ed economiche [rispondenti a] peculiarità socio-culturali nazionali o regionali».

Si tratta di un arricchimento di prospettiva di particolare interesse per il giuslavorista, stante l'importante riferimento ai valori socio-culturali nazionali o regionali. E ciò, d'altronde, è confermato da successive pronunce (casi *Conforama* e *Marchandise*)¹⁰³⁰, nelle quali - con riferimento, questa volta, proprio a normative nazionali *direttamente* finalizzate alla tutela dei lavoratori, in quanto volte a precludere il lavoro domenicale in talune attività - la Corte ha riproposto testualmente la 'formula *Torfaen*' (punto 11, caso *Conforama*; punto 12 caso *Marchandise*)¹⁰³¹.

Lo sviluppo argomentativo sin qui descritto non era tuttavia ancora chiuso, come è dimostrato dalla successiva sentenza relativa al caso *Stoke-on-Trent*¹⁰³², nuovamente incentrato sul divieto di esercitare attività commerciale di domenica, già oggetto di esame nel caso *Torfaen*. La Corte, infatti, ha ancora precisato che, nel valutare la 'proporzionalità' di una disciplina nazionale, che persegue uno scopo legittimo ai sensi del diritto comunitario, «occorre contemporaneamente l'interesse

¹⁰²⁹ In proposito, la Corte, al punto 12, richiama anche la sentenza dell'11 luglio 1985 (60/84, *Cinéthèque c. Fédération Nationale des Cinémas Français*, e 61/84), relativa ad un divieto di noleggio di videocassette indistintamente applicabile ai prodotti nazionali ed ai prodotti importati. Nella sentenza si era appunto affermato che detto divieto è compatibile con il principio della libera circolazione delle merci sancito dal Trattato solo purché gli eventuali ostacoli che ne derivino per gli scambi intracomunitari non vadano al di là di quanto necessario a garantire il raggiungimento dello scopo perseguito e purché questo scopo sia legittimo con riguardo al diritto comunitario.

Merita, poi, di essere ancora segnalato che nella sentenza *Torfaen* il giudice comunitario, dopo aver affermato che «i provvedimenti nazionali che disciplinano la vendita delle merci soggiacciono al divieto dell'art. 30 qualora i loro effetti restrittivi della libera circolazione delle merci eccedano il contesto degli effetti propri di una normativa commerciale» (cfr. dir. n. 70/50), ha ritenuto che spetti al giudice nazionale «stabilire se gli effetti di una determinata normativa nazionale rimangano effettivamente in detto ambito» (punti 15 e 16). Ma sul punto v. anche *infra*.

¹⁰³⁰ Corte giust. com. eur. 28 febbraio 1991 (C-312/89, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c. SIDEF-Conforama, Arts et meubles, JIMA*); Corte giust. com. eur. 28 febbraio 1991 (C-332/89, *procedimento penale contro André Marchandise, Jean-Marie Chapuis, SA Trafitec*).

¹⁰³¹ Va precisato che in queste sentenze, a differenza di quanto accaduto in *Torfaen*, la Corte, invece di rimettere il relativo giudizio alle corti nazionali, si è pronunciata direttamente ed espressamente sulla proporzionalità delle misure in questione - concretamente rilevando che gli effetti restrittivi sugli scambi, che possono eventualmente derivare da una normativa nazionale che vieti il lavoro domenicale prestato dai lavoratori subordinati, «non sembrano eccessivi, avuto riguardo allo scopo perseguito» e, pertanto, ad essa non si applica il divieto di cui all'art. 30 (ora art. 28) del Trattato (punto 12 s. di *Conforama*; punto 13 s. di *Marchandise*) - e ciò sulla base della necessità di scongiurare il rischio che, a causa di giudizi di proporzionalità formulati, di volta in volta, dalle diverse Corti nazionali, si potesse creare una «casistica discordante» (cfr. il punto 7 delle conclusioni dell'Avv. generale nella causa *Conforama*; per alcuni riferimenti al contrasto interpretativo insorto tra i giudici britannici a seguito della pronuncia resa nel caso *Torfaen*, v. - per tutti - POIARES MADURO, 2001, p. 278). E d'altronde, come è stato successivamente chiarito dalla stessa Corte nel caso *Stoke-on-Trent*, in *Conforama* e *Marchandise* essa ha espresso la propria valutazione in ordine alla proporzionalità delle disposizioni nazionali poiché, per un verso, ha ritenuto «di essere in possesso di tutti gli elementi [a tal fine] necessari» e, per altro verso, ha considerato la sua pronuncia fosse «necessaria al fine di permettere ai vari giudici nazionali di valutarne la compatibilità con il diritto comunitario in modo uniforme, dovendosi escludere che una tale valutazione possa variare in funzione degli accertamenti di fatto effettuati da ciascun giudice nell'ambito di una determinata controversia» (per questa precisazione, v. Corte giust. com. eur. 16 dicembre 1992, C-169/91, *Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council c. B & Q plc*).

¹⁰³² Citata alla nt. che precede.

nazionale all'attuazione di tale scopo con l'interesse comunitario alla libera circolazione delle merci» e che, «per accertare che gli effetti restrittivi della disciplina in questione sugli scambi intracomunitari non eccedano la misura di quanto è necessario per raggiungere lo scopo prefisso, occorre esaminare se tali effetti siano diretti, indiretti o meramente ipotetici e se essi non ostacolino lo smercio dei prodotti importati più di quello dei prodotti nazionali» (punto 15)¹⁰³³.

Queste affermazioni della Corte sono di particolare rilievo. Va infatti rilevato, anzitutto, che nell'adottare l'espressione 'interesse nazionale', essa ha condensato in tale formula sintetica la categoria aperta delle «esigenze imperative», che, come si è detto, in alcune pronunce si erano poi tradotte nelle «scelte politiche ed economiche [rispondenti a] peculiarità socio-culturali nazionali o regionali»; una formula riassuntiva di un concetto dalla portata davvero assai ampia, sulla base della quale, nell'arco di pochi anni, si sarebbe attuata una riunificazione generale delle cause giustificatrici di interventi nazionali limitativi delle libertà comunitarie (su questo aspetto si tornerà più approfonditamente tra breve).

Inoltre, nell'individuare più puntualmente il criterio su cui deve basarsi il giudizio di proporzionalità, la Corte ha lasciato intendere che su di esso si sarebbe fondata ogni propria successiva pronuncia avente ad oggetto l'impatto di norme nazionali in materia commerciale (e non solo...) sulla libera circolazione di merci.

Va detto, per il vero, che, di lì a poco, è sembrato che la Corte intendesse *in parte* smentire questi assunti. Con riferimento ad un caso in cui era in questione una disciplina nazionale relativa al divieto di rivendita sottocosto dei prodotti (caso *Keck e Mithouard*)¹⁰³⁴, essa ha ritenuto di escludere alla radice il contrasto tra quella disciplina e l'art. 30 (ora 28) del Trattato. Dopo aver preso atto che «gli operatori economici invocano sempre più frequentemente l'art. 30 [ora 28] del Trattato al fine di contestare qualsiasi normativa che, pur non riguardando i prodotti provenienti da altri Stati membri, produca l'effetto di limitare la loro libertà commerciale», infatti, la Corte ha dichiarato il proprio convincimento circa la necessità di «riesaminare e precisare la propria giurisprudenza in materia» (punto 14). Ed in proposito, dopo aver ricordato quanto affermato nel caso *Cassis de Dijon*, ha sostenuto che, «contrariamente a quanto sino ad ora statuito [...] non può costituire ostacolo diretto o indiretto, in atto o in potenza, agli scambi commerciali tra gli Stati membri ai sensi della giurisprudenza *Dassonville* [...], l'assoggettamento di prodotti provenienti da altri Stati membri a disposizioni nazionali che limitino o vietino talune modalità di vendita, sempreché tali disposizioni valgano nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgano la propria attività sul territorio nazionale e sempreché incidano in egual misura, tanto sotto il profilo giuridico quanto sotto quello sostanziale, sullo smercio dei prodotti sia nazionali sia provenienti

¹⁰³³ Dopo di che, applicando tale criterio, essa è giunta a formulare il medesimo giudizio di conformità già espresso con riferimento al divieto di lavoro domenicale (sulla base del presupposto che le due discipline sono «analoghe»). In tal modo, un principio (la 'formula *Torfaen*') nato con riferimento ad una disciplina commerciale viene poi sviluppato (attraverso la diretta valutazione di proporzionalità: cfr. la nt. 43) in occasione di un giudizio incentrato su di una normativa lavoristica, per poi essere infine restituito, ma così completato, ad un contesto in cui è ancora in questione la stessa disciplina commerciale rispetto alla quale esso era stato originariamente elaborato.

¹⁰³⁴ Corte giust. com. eur. 24 novembre 1993 (C-267/91 e C-268/91, *procedimenti penali contro Bernard Keck e Daniel Mithouard*).

da altri Stati membri» (punto 16)¹⁰³⁵.

Che si sia trattato di un vero e proprio «*turning point*» nella giurisprudenza della Corte, o quantomeno, di una significativa modifica della formula *Dassonville*¹⁰³⁶, ovvero, come pure si è sostenuto, di un insieme di «precisazioni doverose» che non intaccano tale formula, ma correggono, se mai, «alcune ben definitive smagliature» presenti in altre sentenze (in particolare quelle da *Torfaen a Stoke-on-Trend*, passando per *Conforama* e *Marchandise*)¹⁰³⁷ è questione che ha fatto molto discutere¹⁰³⁸.

In realtà, ai fini del discorso qui condotto, va rilevato che la non generalizzabilità della 'formula *Keck*' è emersa con evidenza nella successiva sentenza sul caso *Semeraro Casa Uno*¹⁰³⁹, resa, ancora una volta, sul problema della chiusura domenicale degli esercizi: di fronte all'argomento del giudice remittente, volto a dimostrare che tale chiusura incideva in misura maggiore sullo smercio di prodotti importati da altri Stati membri, la Corte, pur richiamando quella formula, ha 'riesumato' la valutazione espressa in *Torfaen*, tornando ad affermare che le normative in questione sono riconducibili a scelte «rispondenti alle peculiarità socio-culturali nazionali o regionali»; scelte che i diversi Stati membri possono effettuare «attenendosi alle prescrizioni del diritto comunitario». Ma appare evidente che, in tal modo, è stato riproposto il giudizio circa la presenza di valide cause giustificative correlate ad un interesse nazionale e, conseguentemente, si è riaperta la necessità di fare i conti anche con il criterio di proporzionalità¹⁰⁴⁰.

Ed a questo riguardo si deve ancora sottolineare che nella stessa pronuncia, rispondendo ad un (ulteriore) attacco mosso sulla base dell'allora art. 52 (ora art. 43) del Trattato, in materia di libertà di stabilimento, la Corte ha osservato che gli effetti restrittivi che la normativa nazionale in questione «potrebbe produrre sulla libertà di stabilimento sono troppo aleatori e troppo indiretti perché l'obbligo che essa sancisce possa essere considerato idoneo ad ostacolare tale libertà»; un'argomentazione, questa, poi ripresa anche in altri casi in cui la Corte ha escluso la violazione

¹⁰³⁵ Infatti, come ancora affermato dalla Corte nella stessa sentenza, qualora «tali requisiti siano soddisfatti, l'applicazione di normative di tal genere alla vendita di prodotti provenienti da un altro Stato membro e rispondenti alle norme stabilite da tale Stato non costituisce elemento atto ad impedire l'accesso di tali prodotti al mercato o ad ostacolarlo in misura maggiore rispetto all'ostacolo rappresentato per i prodotti nazionali» (punto 17).

¹⁰³⁶ Cfr. DAVIES, 1995, p. 56 ss. e 76.

¹⁰³⁷ TESAURO, 1995, p. 286 s. (e nt. 126).

¹⁰³⁸ Indubbiamente l'impatto della pronuncia è stato significativo, come è dimostrato dal fatto che la stessa Corte ne ha ripreso gli argomenti (e riproposto l'esito) con riferimento a nuove questioni che le sono state poste in numerosi altri casi (per una rassegna di pronunce, relative ad altri aspetti, nelle quali viene recuperata, espressamente o implicitamente, la 'formula *Keck*', v. CRAIG, DE BÚRCA, 2003, p. 647 ss.), tornando persino a riconsiderare nella nuova prospettiva la materia della chiusura domenicale degli esercizi commerciali: v. Corte giust. com. eur. 2 giugno 1994 (C-401/92 e C-402/92, *procedimenti penali contro Tankstation 't Heukske vof e J.B.E. Boermans*); 2 giugno 1994 (C-69/93, *Punto Casa spa c. Comune di Capena*, e C-258/93). Pur se va segnalato che il mutamento d'approccio operato dalla sentenza *Keck* ha in realtà riguardato le sole discipline nazionali relative alle modalità di vendita e non anche quelle relative alle caratteristiche di cui devono essere dotati i prodotti (cfr. BARBERA, 2000, 63 s.), come più volte precisato dalla stessa Corte: v. ad esempio, tra le più recenti, Corte giust. com. eur. 22 gennaio 2002 (C-390/99, *Canal Satélite Digital SL c. Administración General del Estado*).

¹⁰³⁹ Corte giust. com. eur. 20 giugno 1996 (C-418/93, *Semeraro Casa Uno srl c. Sindaco del Comune di Erbusco*, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 e C-332/94).

¹⁰⁴⁰ Il che, d'altronde, in altri ambiti è puntualmente avvenuto: cfr., ad esempio, Corte giust. com. eur. 9 luglio 1997 (C-34/95, *Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Förlag AB*, C-35/95, C-36/95).

dell'art. 30 (ora art. 28)¹⁰⁴¹ (pur se non sono mancate ipotesi in cui la Corte ha ritenuto violata questa norma poiché gli effetti limitativi non erano, per l'appunto, «troppo aleatori e troppo indiretti»¹⁰⁴²).

Che quello complessivamente emergente dalla sentenza *Semerano* sia dunque, attualmente, da considerare come il *punto di arrivo* della elaborazione della Corte di giustizia, rilevante anche ai fini delle normative sociali di tutela - con la quale è dunque necessario confrontarsi - è dimostrato dal fatto che le conclusioni appena riassunte hanno parimenti rappresentato l'approdo della giurisprudenza della Corte sviluppatasi *sulle tre altre libertà comunitarie di stabilimento e di circolazione dei lavoratori e dei servizi* (come d'altronde già emergente dalla ricordata sentenza *Semerano*).

Nelle tre fondamentali sentenze emesse nei confronti di normative nazionali accusate, nonostante l'assenza di un intento discriminatorio (in quanto applicabili indistintamente), di porsi in contrasto con una delle predette libertà (rese, rispettivamente, nei casi *Gebhard*, *Bosman* e *Alpine*¹⁰⁴³), la Corte ha infatti elaborato regole del tutto analoghe a quelle formulate in relazione alla libertà di circolazione delle merci (già nel caso *Torfaen* e) da ultimo nel caso *Semerano Casa Uno*, sia affermando la legittimità di «norme che [perseguano] uno scopo legittimo compatibile con il Trattato e [siano] giustificate da imperiosi motivi d'interesse pubblico», sia precisando che, comunque, «anche in tale ipotesi [...] la loro applicazione dovrebbe essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non dovrebbe eccedere quanto necessario per farlo»¹⁰⁴⁴.

Anzi, alla fine, la Corte è giunta senza alcuna incertezza ad affermare il principio generale secondo cui «i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo»¹⁰⁴⁵.

Un ulteriore decisivo tassello da aggiungere alla riflessione sin qui sviluppata è infine costituito dalla specifica giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di impatto delle tutele lavoristiche sulla libera circolazione dei servizi.

Ebbene, anche in questo ambito il percorso argomentativo della Corte ha origini lontane e si è sviluppato nel tempo attraverso vari rivoli, poi confluiti e giunti a maturazione, in particolare, nella

¹⁰⁴¹ V., tra le altre, Corte giust. com. eur. 17 ottobre 1995 (C-140/94 *DIP spa c. Comune di Bassano del Grappa*, C-141/94 e C-142/94) e già Corte giust. com. eur. 14 luglio 1994 (C-379/92, *procedimento penale contro Matteo Peralta*), spec. punto 24, nonché la giurisprudenza ivi citata.

¹⁰⁴² Cfr., ad esempio, Corte giust. com. eur. 13 gennaio 2000 (C-254/98, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb c. TK-Heimdienst Sass GmbH*); 3 dicembre 1998 (C-67/97, *procedimento penale contro Ditlev Bluhme*).

¹⁰⁴³ Corte giust. com. eur. 30 novembre 1995 (C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*); 15 dicembre 1995 (C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman*); 10 maggio 1995 (C-384/93, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*).

¹⁰⁴⁴ Le parole sono riprese dalla sentenza *Bosman* (punto 104), ma espressioni analoghe sono rinvenibili in *Alpine* (punti 44 e 45).

¹⁰⁴⁵ Sentenza *Gebhard* (punto 37). Sottolineano con forza l'importanza di questa prospettiva unificante CRAIG, DE BÚRCA, 2003, pp. 718 ss., 783 ss., 819 ss., spec. 820.

sentenza *Arblade*¹⁰⁴⁶ e, successivamente, nelle sentenze date sui casi *Mazzoleni*¹⁰⁴⁷ e *Finalarte*¹⁰⁴⁸ che ne ripropongono in gran parte i contenuti ed operano (con riferimento a ciascuno di quei rinvii) ampi rinvii ad altre precedenti pronunce. Infatti, in tutte queste pronunce¹⁰⁴⁹ (le quali sono state emesse, si noti bene, indipendentemente dalla dir. n. 96/71, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, ritenuta dalla Corte inapplicabile nei giudizi in questione), si riafferma con chiarezza:

- che l'art. 59 (ora art. 49) del Trattato «prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, qualora sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi»¹⁰⁵⁰;

- 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»¹⁰⁵¹;

- che tra tali ragioni, come da tempo affermato dalla Corte, rientra certamente «la tutela dei lavoratori»¹⁰⁵²;

- che quanto detto non esclude che la predetta tutela sia suscettibile di limitare (pur sempre senza alcun intento discriminatorio) una libertà fondamentale garantita dal Trattato, onde occorre sottoporre tale normativa all'ormai consolidato *test* di proporzionalità (ovviamente correlato alla specificità dei casi ad essa sottoposti);

- che a tal fine occorre verificare se la normativa nazionale incriminata sia effettivamente in grado di arrecare «un pregiudizio alla libera prestazione di servizi»¹⁰⁵³, e quindi, in caso di risposta affermativa, se tale pregiudizio sia «necessario per perseguire efficacemente e con mezzi appropriati un obiettivo d'interesse generale»¹⁰⁵⁴. O meglio ancora - sempre utilizzando parole tratte

¹⁰⁴⁶ Corte giust. com. eur. 23 novembre 1999 (C-369/96, *procedimento penale contro Jean-Claude Arblade*, e C-376/96).

¹⁰⁴⁷ Corte giust. com. eur. 15 marzo 2001 (C-165/98, *procedimento penale contro André Mazzoleni*).

¹⁰⁴⁸ Corte giust. com. eur. 25 ottobre 2001 (C-49/98, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda c. Urloabs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft*; C-50/98; da C-52/98 a C-54/98; da C-68/98 a C-71/98).

¹⁰⁴⁹ Su cui si v. in particolare le riflessioni di DAVIES, 2002.

¹⁰⁵⁰ V. punto 33 di *Arblade*; 22 di *Mazzoleni*; 28 di *Finalarte*.

¹⁰⁵¹ Punto 34 di *Arblade*; 25 di *Mazzoleni*; 31 di *Finalarte*.

¹⁰⁵² Punto 36 di *Arblade*; 27 di *Mazzoleni*; 33 di *Finalarte*. Su quest'ultimo aspetto, le pronunce invocano, come precedente, altre sentenze, talune delle quali significativamente risalenti nel tempo; in *Arblade*, in particolare, si citano, tra le altre, Corte giust. com. eur. 17 dicembre 1981 (279/80, *procedimento penale contro Alfred John Webb*); 3 febbraio 1982 (62/81, *Seco c. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, e 63/81); 27 marzo 1990 (C-113/89, *Rush Portuguesa Ltd. c. Office national d'immigration*).

¹⁰⁵³ Nel caso di specie la Corte ha ritenuto necessario valutare se una simile estensione si traducesse o meno «in un aumento delle spese e degli oneri amministrativi ed economici per questi ultimi» per i prestatori di servizi con sede fuori dallo Stato membro.

¹⁰⁵⁴ Punti 35 e 37, ma anche 53, di *Finalarte*. Va precisato che, in questa sentenza, la Corte ha altresì ritenuto ammissibile, in presenza di «obiettive differenze» tra le imprese nazionali e quelle con sede all'estero, anche una restrizione alla libera circolazione dei servizi derivante dalla previsione di oneri *differenziati e più gravosi* per le seconde (chiamate, nel caso di specie, a fornire una maggiore quantità di informazioni alla Cassa ferie retribuite del settore dell'edilizia, istituita in Germania), a condizione - ancora una volta - che

dalle appena citate pronunce della Corte - se l'applicazione estensiva della normativa sociale «sia necessaria e proporzionata per la tutela dei lavoratori interessati»¹⁰⁵⁵, ed in particolare se l'interesse protetto «non sia già garantito dalle norme dello Stato in cui il prestatore dei servizi è stabilito e [...] lo stesso risultato non possa essere conseguito mediante regole meno restrittive»¹⁰⁵⁶.

Da quest'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia sviluppata in relazione al rapporto tra normativa di tutela lavoristica e libertà di circolazione dei servizi¹⁰⁵⁷ emerge dunque una sua *piena coerenza* con la giurisprudenza della stessa Corte, sopra ricostruita, con la quale - attuandosi, come ben evidenziato dal dibattito dottrinale, un'armonizzazione *negativa* delle normative interne, rispetto invece a quella positiva attuata attraverso l'intervento diretto del legislatore comunitario¹⁰⁵⁸ - sono stati definiti, in generale, i principi sulla cui base misurare la legittimità di normative nazionali che, quantunque applicate indistintamente a tutti i cittadini degli Stati membri, siano state oggetto di censura poiché idonee a limitare la circolazione, nello Stato membro, di beni e servizi '*esterni*', cioè provenienti da altro Stato membro.

Per quanto attiene alla libera prestazione di servizi, merita peraltro di essere osservato che uno specifico intervento positivo del legislatore comunitario, e precisamente la dir. n. 96/71, ha dettato una speciale disciplina di tutela lavoristica in relazione a varie ipotesi di distacco transnazionale dei lavoratori¹⁰⁵⁹. Tale direttiva riguarda in particolare il caso di un'impresa, insediata in uno degli Stati membri, la quale - nel quadro, appunto, di una prestazione di servizi transnazionale - distacchi un proprio lavoratore, per un determinato periodo di tempo (durante il quale continui ad esistere un rapporto di lavoro tra l'una e l'altro), nel territorio di un altro Stato membro: *a*) nell'ambito di un contratto che essa abbia concluso con un terzo soggetto destinatario della prestazione medesima, o *b*) in forza di un comando presso un'impresa o uno stabilimento appartenente al gruppo, ovvero ancora *c*) in quanto impresa di lavoro temporaneo che somministri il lavoratore ad un utilizzatore (art. 1). In tali ipotesi, la normativa comunitaria impone ai legislatori nazionali di stabilire che, «qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro», l'impresa distaccante sia tenuta (salvo specifiche, ed in verità, importanti eccezioni) a garantire ai lavoratori distaccati (almeno) le condizioni di lavoro che, nello Stato membro in cui è effettuata la prestazione di lavoro, sono previste dalla legge e dalla contrattazione in relazione ad una lunga serie di materie indicate dalla stessa direttiva (art. 3). Ciò, ovviamente, sul presupposto che tali

quella restrizione «sia necessaria per tutelare efficacemente e con mezzi appropriati la ragione imperativa d'interesse generale costituita dalla tutela sociale dei lavoratori» (punti 66-75, spec. punto 72).

¹⁰⁵⁵ Punto 34, ma anche 26, 37 e 41, di *Mazzoleni*.

¹⁰⁵⁶ Punto 39 di *Arblade*, dove sono citati alcuni precedenti, tra cui si v., in particolare, Corte giust. com. eur. 28 marzo 1996 (C-272/94, *Procedimento penale contro Michel Guiot e Climater SA*), punto 13; 12 dicembre 1996 (C-3/95 *Reisebüro c. Gerd Sandker*), punto 28. *Adde* Corte giust. com. eur. 17 dicembre 1981 (279/80, *Webb*), cit., punto 20.

¹⁰⁵⁷ Per ulteriori applicazioni dei principi illustrati in testo, v. Corte giust. com. eur. 21 ottobre 2004 (C-445/03, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo*); 24 gennaio 2002 (C-164/99, *procedimento per infrazione amministrativa a carico di Portuguesa Construções Lda*). Cfr. anche, ma con riferimento alla libertà di stabilimento di cui all'art. 43 del Trattato, Corte giust. com. eur. 7 maggio 2002 (C-79/01, *procedimento di volontaria giurisdizione su iniziativa di Payroll Data Services (Italy) Srl, ADP Europe SA e ADP GSI SA*).

¹⁰⁵⁸ V. per tutti, di recente, BARBERA, 2000, p. 49 ss.; GIUBBONI, 2003, p. 123 ss.

¹⁰⁵⁹ Per considerazioni relative alle varie finalità della direttiva (tutela dei lavoratori e libertà di circolazione dei servizi) cfr., per tutti, ORLANDINI, 1999 e DAVIES, 2002.

tutele siano superiori a quelle cui il lavoratore avrebbe diritto sulla base della disciplina applicabile in generale al suo rapporto di lavoro (cfr. *Considerando* n. 17 e 18).

Utilizzando le parole pronunciate dall'Avvocato Generale in una delle cause sopra richiamate, si potrebbe affermare che la direttiva in questione ha trasformato «il *diritto* [dello Stato membro] di imporre alle imprese che effettuano prestazioni di servizi [nel proprio territorio] il rispetto» di normative interne di tutela, in un «*dovere* di prescrivere tali norme alle imprese stabilite in altri Stati membri»¹⁰⁶⁰. Anche se è evidente che un simile mutamento di prospettiva non preclude certo la facoltà degli Stati membri di estendere le tutele del lavoro fissate dalla normativa interna pure ad ipotesi che potrebbero non rientrare nella sfera d'applicazione della direttiva in questione (ad esempio, si è osservato che la normativa comunitaria «sembra non contemplare distacchi intercorrenti fra soggetti imprenditoriali completamente autonomi, non unificabili, cioè, all'interno di una nozione classica di gruppo»¹⁰⁶¹).

Orbene, leggendo la direttiva n. 96/71 alla luce della ricostruzione sopra proposta, si potrebbe dire che il legislatore comunitario, nell'imporre agli Stati membri la predetta estensione, ha sostanzialmente effettuato una *diretta ponderazione* degli interessi in campo¹⁰⁶², assegnando una decisa prevalenza alle esigenze di protezione del lavoro rispetto a quelle economiche (di cui è, appunto, espressione la libertà di circolazione dei servizi). Ed al riguardo si dovrebbe ammettere - seppure in via di ipotesi limite - che la direttiva, proprio per questa sua scelta 'forte', possa essere a sua volta sottoposta al giudizio della Corte in relazione al bilanciamento e alla scelta di priorità da essa effettuati (cfr. artt. 230 ss.)¹⁰⁶³.

Se ciò è vero, peraltro, si deve pure riconoscere che la previsione, da parte della direttiva, di un obbligo di estensione (di una larga parte) della normativa nazionale di tutela lavoristica, di per sé, non incide affatto sul (diverso) problema della 'compatibilità' di tale normativa con la libertà di circolazione dei servizi di cui al Trattato. Essa, infatti, non sarà, per ciò solo, sottratta al descritto giudizio di proporzionalità, il quale andrebbe condotto negli stessi termini di quello che potrebbe interessare una normativa interna che, al di fuori del campo di applicazione della direttiva, venisse estesa ai lavoratori distaccati sulla base di una libera scelta dello Stato membro ospitante.

Tirando le somme del discorso qui condotto, ci sembra dunque che si possa affermare che siffatta uniforme costruzione di principi da parte dei giudici comunitari, *complessivamente considerata*, dimostri, in realtà, come il rischio di un *vulnus* alla cittadella del diritto del lavoro da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia - almeno sul fronte qui esaminato - sia in realtà da ritenere assai meno grave di quanto talora temuto.

Si tratta di una valutazione che si fonda su alcuni fondamentali elementi emergenti dalla giurisprudenza della Corte, e precisamente: *in primo luogo*, il fatto che la tutela dei lavoratori è stata considerata dai giudici comunitari, senza alcuna ombra di dubbio, una 'ragione imperativa

¹⁰⁶⁰ V. le conclusioni dell'avvocato generale nel caso *Finalarte*, par. 219 ss.

¹⁰⁶¹ ESPOSITO, 2002, p. 66 s. Per i numerosi problemi interpretativi sollevati dalla direttiva, si v., per tutti, BALANDI 1998; ORLANDINI, 1999 e FOGLIA, 2001.

¹⁰⁶² È quanto è avvenuto, come si dirà, anche nel caso della dir. n. 96/67 relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, rispetto alla quale, peraltro, si sono posti problemi più specifici che ne consigliano l'esame in una fase più avanzata del lavoro (v., *infra*, par. 6).

¹⁰⁶³ Cfr. ORLANDINI, 1992, p. 470, nt. 15; DAVIES, 2002, p. 300 e p. 306.

d'interesse generale', in grado di giustificare le potenziali lesioni che potrebbero essere arrecate a(d una de)lle libertà fondamentali di operatori economici stabiliti in altri Stati membri (d'ora in poi, operatori *esterni*) dall'applicazione di una disciplina lavoristica interna; *in secondo luogo*, il fatto che il giudizio di 'proporzionalità' – al quale la Corte di giustizia ha affidato il compito di misurare se vi sia un contemperamento dell'interesse nazionale (all'attuazione dello specifico scopo di tutela dei lavoratori) con l'interesse comunitario espresso dalla libertà comunitaria volta a volta specificamente incisa dalla normativa nazionale – deve essere volto *soltanto* ad accertare, secondo l'insegnamento della Corte, «che gli effetti restrittivi della disciplina in questione [...] non eccedano la misura di quanto è necessario per raggiungere lo scopo prefisso» (nel senso che tale scopo di tutela del lavoro «non possa essere conseguito mediante regole meno restrittive» e che, nel caso di prestazione di servizi, l'interesse tutelato non sia già garantito dalle norme dello Stato membro in cui operi il soggetto esterno). Nell'ambito di tale giudizio – talora affidato ai giudici nazionali, talaltra compiuto direttamente dalla stessa Corte¹⁰⁶⁴ – si dovrà altresì accertare preliminarmente se quegli effetti restrittivi «siano diretti, indiretti o meramente ipotetici», o meglio ancora se essi non siano «troppo aleatori e troppo indiretti perché l'obbligo che [quella disciplina] sancisce possa essere considerato idoneo ad ostacolare [la] libertà» dei predetti soggetti¹⁰⁶⁵.

4.2 - I passaggi appena delineati sono tali da evidenziare come la valutazione dei giudici comunitari circa quella che potremmo definire (in coerenza con quanto si dirà più avanti in relazione alle clausole di *favor*) 'compatibilità' della normativa nazionale di tutela lavoristica con le libertà fondamentali del Trattato sia stata alla fine sostanzialmente ricondotta entro i rigorosi limiti del descritto, articolato (quantunque complesso), giudizio di proporzionalità. Ma soprattutto ciò che ci preme sottolineare è che la corposa giurisprudenza fin qui ricostruita se, da un lato, ha dato sempre sostanzialmente per scontata la riconducibilità della norma lavoristica ad un 'interesse generale'¹⁰⁶⁶ - ammettendone la possibilità di censura, nel rispetto dei limiti contenutistici del predetto giudizio di proporzionalità, e solo in relazione ai *diretti, reali* e non meramente *ipotetici* effetti limitativi che la sua applicazione potrebbe essere in grado di produrre sulle libertà di circolazione e di concorrenza degli operatori economici di *altri* Stati membri – dall'altro non ha riguardato l'idoneità di una disciplina nazionale di tutela del lavoro a incidere, in senso limitativo, sulla capacità concorrenziale degli *operatori interni*.

In effetti, a questo riguardo è possibile trovare diretta conferma di quanto appena detto ancora

¹⁰⁶⁴ Sulla competenza del giudice nazionale v. *supra*, nt. 43 e 45.

¹⁰⁶⁵ In buona sostanza, ad avviso di chi scrive si potrebbe dire che l'analisi della giurisprudenza della Corte, quale emergente dalle sue pronunce in materia emerse fino ad oggi, consente – oltre che di temperare notevolmente i timori manifestati da LYON-CAEN, cui si è fatto riferimento in apertura di questa parte della nostra disamina (*supra*, par. 4) – di rivedere in buona misura il giudizio critico espresso da BARNARD, DEAKIN, 2000, p. 331 ss., spec. 340 ss., ma già da DEAKIN, 1996, p. 70 ss. nonché da DAVIES, 1995, 75 ss., secondo il quale «the Court's decisions in the cases studied, where national labour policies have conflicted with the community project of integration, have not been fully reasoned. In the era of subsidiarity that is a failing which ought to be corrected. There is much to be said for a more open articulation by the Court of the thinking underlying its balancing exercises»; un auspicio, quest'ultimo, che, per il vero, parrebbe essere stato soddisfatto dalla successiva evoluzione giurisprudenziale da noi ricostruita. Anche se va notato che lo stesso Davies, in una più recente riflessione, ha rivolto le proprie considerazioni critiche nei confronti anche dell'ultima giurisprudenza della Corte (casi *Arblade*, *Mazzoleni*, *Finalarte*), nella misura in cui da essa possano derivare trattamenti differenziati per operatori interni ed esterni (DAVIES, 2002, p. 301 ss.); ma su questo aspetto si tornerà più ampiamente nel seguito.

¹⁰⁶⁶ Val la pena, a questo riguardo, di rammentare quanto emerso dalla evoluzione giurisprudenziale in tema di libertà di circolazione delle merci sopra ricostruita, e cioè che l'espressione 'interesse nazionale', ha acquisito, alla fine, il valore di formula sintetica inclusiva della categoria aperta delle «esigenze imperative», le quali, in alcune sentenze si erano tradotte nelle «scelte politiche ed economiche [rispondenti a] peculiarità socio-culturali nazionali o regionali».

nella giurisprudenza della Corte, la quale - già in tempi ormai remoti e con specifico riferimento ad una norma di tutela lavoristica vigente in Germania (che vietava il lavoro notturno nel settore della panificazione) - ha affermato (caso *Oebel*):

- che l'art. 7 del Trattato (nel testo all'epoca vigente), il quale vieta «solo le discriminazioni a causa della nazionalità degli operatori economici», non è trasgredito «se uno Stato membro determina, mediante una disposizione di legge che non fa distinzioni, in modo diretto o indiretto, a seconda della nazionalità, una situazione che influisce sulla capacità concorrenziale degli operatori economici stabiliti nel suo territorio rispetto agli operatori economici stabiliti in altri Stati membri»;

- che l'art. 34 (ora art. 29) del Trattato «riguarda i provvedimenti nazionali che hanno per oggetto o per effetto di restringere specificamente le correnti di esportazione e di costituire in tal modo una differenza di trattamento fra il commercio interno di uno Stato membro ed il suo commercio d'esportazione, così da assicurare un vantaggio particolare alla produzione nazionale o al mercato interno dello Stato interessato»;

- che, peraltro, si deve ritenere che una siffatta ipotesi è manifestamente esclusa nel caso di una normativa, come quella in questione, «che rientra nella politica economica e sociale [dello Stato membro] e si applica, in funzione di criteri obiettivi, a tutte le imprese di un settore determinato, stabilite sul territorio nazionale, senza creare alcuna differenza di trattamento in ragione della nazionalità degli operatori e senza distinguere fra il commercio interno dello Stato interessato e quello d'esportazione»¹⁰⁶⁷.

Traspare da queste parole della Corte una - forse embrionale, ma già significativa - consapevolezza della specificità della norma di tutela lavoristica e la (implicita) decisione di difenderla da attacchi rivolti da parte di *produttori interni* che ne lamentino gli effetti limitativi sulla propria libertà di concorrenza. Ed è altresì ben evidente come il rifiuto di assoggettare, in tal caso, quella norma ad un controllo di compatibilità con le libertà del Trattato sia netto e senza apertura alcuna ad un giudizio di proporzionalità; apertura che, come si è visto nel precedente paragrafo, è stata sin dall'origine resa disponibile agli operatori *esterni* che risultino comunque assoggettati, *ratione loci*, alla disciplina nazionale incriminata.

Si tratta di una costruzione che, per il vero, appare interessante, se letta alla luce della ricordata lamentela relativa alla frigidità originaria del Trattato rispetto alle politiche sociali comunitarie e che attesta, ancora una volta, l'importanza del ruolo della Corte nella costruzione (anche) dei principi fondamentali del diritto sociale europeo. Significativamente, d'altronde, questa linea interpretativa ha trovato un robusto referente solo più tardi, quando - a partire dal 1986 (con l'Atto Unico) - la protezione sociale è divenuta ormai a pieno titolo una delle finalità fondamentali della Comunità europea, superando la posizione negletta che, com'è stato lamentato per tanto tempo, essa ha ricoperta sin dagli albori dell'avventura comunitaria.

A questo riguardo occorre sottolineare che l'inclusione nell'ambito dell'art. 2 della finalità di «un elevato livello di [...] protezione sociale», già ad opera del Trattato di Maastricht, ed il contemporaneo e strumentale inserimento, tra le azioni che la comunità deve intraprendere, di una

¹⁰⁶⁷ V. Corte giust. com. eur. 14 luglio 1981 (155/80, *Oebel*), cit.

«politica nel settore sociale *comprendente* un Fondo sociale europeo» (art. 3, par. 1, lett. *i*), poi divenuta lett. *j*) a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam¹⁰⁶⁸, ha reso quella finalità - come riconosciuto, in definitiva, dalla stessa Corte di giustizia¹⁰⁶⁹ - uno degli obiettivi fondanti della Comunità, in affiancamento ai classici obiettivi economici comunitari, per il cui perseguimento sono state considerati fondamentali, sin dall'origine, la libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali, nonché la libertà di concorrenza. Si tratta di un mutamento di prospettiva che trova, con specifico riferimento all'azione comunitaria, un immediato riscontro nelle finalità e negli strumenti contemplati dapprima - nella (invero breve) stagione della politica sociale a 'due vie' - dagli artt. 1 e 2 dell'APS e, successivamente, dagli artt. 136 e 137 del Trattato, nella versione dettata dal Trattato di Amsterdam¹⁰⁷⁰.

D'altra parte, siffatto progressivo rafforzamento della politica sociale comunitaria (in cui, tra l'altro, si sostanzia il profilo *positivo* dell'integrazione sociale) non può far perdere il vista il fatto che l'obiettivo di protezione sociale ad essa sotteso è, per espresso riconoscimento del Trattato, perseguibile anche con l'azione dei singoli Stati membri, la quale, anzi, viene 'solo' sostenuta e completata dalla Comunità (art. 137, par. 1)¹⁰⁷¹; con il che, evidentemente, lo stesso Trattato intende ribadire la *naturale* centralità dell'intervento nazionale in materia di protezione sociale, pur senza rinunciare, evidentemente, a procedere nella direzione di un'integrazione ed armonizzazione delle discipline nazionali¹⁰⁷². Di modo che, ogni intervento protettivo del singolo Stato in tale materia non solo è perfettamente coerente con un fondamentale obiettivo della Comunità, ma costituisce ormai, esso stesso, strumento per la sua realizzazione.

Se tutto ciò è vero, è doveroso, ad avviso di chi scrive, trarre le dovute conseguenze da siffatta ricostruzione, giungendo a sostenere che si deve ormai parlare (come si è già accennato in precedenza) di un vero e proprio generale principio comunitario di tutela del lavoro, emergente dalla ricordata normativa del Trattato; principio che trova specifica attuazione in ogni intervento, tanto comunitario, quanto degli Stati membri, destinato ad introdurre normative di protezione dei lavoratori, e che, proprio in quanto tale, si pone in realtà *in posizione frontale* rispetto alle

¹⁰⁶⁸ Si rammenti che, prima di Maastricht, era proprio la creazione del FSE ad essere intesa quale strumento volto sia a «migliorare le possibilità di occupazione dei lavoratori» sia di «contribuire al miglioramento del loro tenore di vita (art. 3, par. 1, lett. *i*), del testo originario del Trattato).

¹⁰⁶⁹ Cfr. Corte giust. com. eur. 21 settembre 1999 (C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*), par. 54.

¹⁰⁷⁰ Sul rafforzamento della politica sociale emergente dalle modificazioni emergenti dal Trattato di Amsterdam, si v., per tutti, BARBERA, 2000, spec. pp. 88 ss. e 101 ss., TREU, 2001, p. 82 ss., NUNIN, 2001, p. 43 ss., dove ulteriori rife.

¹⁰⁷¹ Ciò induce, evidentemente, a fare i conti con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 5, co. 2, del Trattato.

Per il riconoscimento che, dal punto di vista dell'intensità delle tutele, «il sistema europeo di diritto del lavoro continua a non essere comparabile con i sistemi nazionali», v. SCIARRA, 2003, p. 19.

¹⁰⁷² Cfr., tra gli altri, GALANTINO, 2003, p. 47, nonché, già con riferimento al testo dell'art. 2 dell'APS, SIMITIS, 1995, p. 524; ARRIGO, 1998, p. 178 ss. È il caso di osservare che la prospettiva unificante dell'art. 137, nel quale è confluita anche la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, già prevista dall'art. 118 A, rende comunque inattuale la lettura (in passato proposta con riferimento a quest'ultima previsione) secondo cui, in tale materia, la progressiva espansione dell'intervento comunitario avrebbe progressivamente limitato quello dei legislatori nazionali, «la cui potestà concorrente di fatto [sarebbe stata] superata» (MARESCA M., 1996, p. 392 ss., spec. p. 395 ss.); e ciò, a prescindere dall'osservazione secondo cui anche l'art. 118 A si poneva in una prospettiva di tutela minimale, senza escludere l'opera (integrativa, *in melius*) degli Stati membri, come dimostrato sia dall'esordio della disposizione, sia dal suo par. 3 (profili, questi, ben chiariti dalla già citata pronuncia della Corte resa il 17 dicembre 1998 nel caso *Borsana*, sul cui procedimento interpretativo si tornerà nel par. 5.2).

fondamentali libertà economiche del Trattato.

Un siffatto centrale posizionamento della protezione sociale, e dunque della tutela del lavoro, nell'ambito del Trattato CE non può non produrre effetti rilevanti sul piano dell'interpretazione del dato normativo.

Intanto, la pari dignità del predetto obiettivo sociale con quelli economici, e dunque delle tutele del lavoro, con le libertà economiche comunitarie, rende del tutto inammissibile (come già accennato in precedenza) pretendere di costruire pregiudizialmente una graduatoria sulla cui base, *da un lato*, sottomettere sempre e comunque quello a questi ultimi nell'azione politica della Comunità e, *dall'altro lato*, formulare in termini negativi un eventuale giudizio di 'compatibilità' dell'azione degli Stati membri in materia sociale rispetto alle menzionate libertà. Da questo punto di vista, anzi, val la pena di sottolineare che l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia descritta più sopra, in forza della quale le normative interne di tutela lavoristica - in un percorso divenuto certamente più lineare soprattutto a partire dalla prima metà degli anni '90 - hanno ricevuto il formale riconoscimento di «ragioni imperative d'interesse generale»¹⁰⁷³ in grado di comprimere legittimamente (quantunque con i descritti temperamenti) le fondamentali libertà economiche di soggetti appartenenti ad altri Stati membri (ove applicate indistintamente e, dunque, senza finalità discriminatorie), trova proprio nella sopra argomentata emersione di un generale principio comunitario di tutela sociale una ragione perfettamente sintonica.

Se ciò è vero, peraltro, ne consegue che non v'è spazio alcuno, nell'attuale assetto ordinamentale comunitario, per tesi radicali che, spostando l'asse d'analisi dalle politiche di protezione sociale portate avanti direttamente dalla Comunità, a quelle sviluppate in tema dagli Stati membri, intendessero addirittura sostenere che la presenza di una qualsivoglia normativa interna di tutela per i lavoratori, in quanto potenzialmente foriera di incrementi di costi e/o di riduzione di guadagni per tutti gli operatori (appunto *interni ed esterni*) che intendono esercitare l'attività nel territorio dello Stato, limiterebbe, *di per sé*, l'esercizio della libertà d'iniziativa economica e, pertanto, violerebbe una delle libertà fondamentali indicate dall'art. 3, par. 1, lett. c) e, più in generale, la libertà di concorrenza¹⁰⁷⁴. Pur se va ribadito, anche alla luce dell'analisi sopra condotta, che per il vero, salvo specifici profili (v. quanto detto *supra* per il caso *Oebel*), non risulta che in passato sia stata avanzata una siffatta radicale (ed invero paradossale) interpretazione nei confronti del diritto del lavoro.

Quella appena delineata è una conseguenza giuridica di portata generale nient'affatto scontata nel dibattito sulle riforme comunitarie, e della cui utilità, anzi, chi scrive ritiene non vi sia allo stato da dubitare, in quanto essa, coniugata con le conclusioni raggiunte al termine della descritta evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, consente di acquisire un punto di equilibrio

¹⁰⁷³ V. le pronunce nei casi *Arblade*, *Mazzoleni* e *Finalarte* citate più sopra.

¹⁰⁷⁴ Si consideri del resto che, qualora si verifichi un contrasto tra le predette libertà economiche comunitarie e il contenuto specifico di tutele nazionali che trovino fondamento in valori fondamentali costituzionalmente protetti, a queste ultime andrebbe riconosciuta una ulteriore peculiare forza di resistenza. Sulla questione e sul dialogo in materia tra Corti costituzionali e Corte di giustizia, si possono vedere, tra gli altri, CELOTTO, 2003, p. 211 ss., ARRIGO, 1998, p. 193 ss. e, più ampiamente, CARTABIA, 1995. Quest'ultima autrice, in particolare, pur ritenendo, prima del Trattato di Amsterdam e con riferimento all'art. 118 A, par. 3, che non sia «forzato cogliere in questa precisazione [relativa alla compatibilità] l'idea che un eventuale miglioramento della tutela dei diritti sociali da parte degli Stati membri deve risultare in ogni caso subordinato alle finalità di integrazione economica perseguite dalla Comunità» (p. 58), inserisce però la sua osservazione proprio all'interno di una ricostruzione tendente a dimostrare la prevalenza, rispetto ai vincoli comunitari, del contenuto sostanziale inviolabile dei diritti fondamentali sanciti dall'ordinamento costituzionale interno.

di grande rilievo giuridico, idoneo a guidare con maggiori certezze il percorso dell'interprete. Il che, come si dirà tra breve, traspare con evidenza proprio nella trattazione delle clausole di *favor*, la cui interpretazione, se ben effettuata alla luce delle conclusioni qui raggiunte, ci sembra in grado di contribuire alla definizione di un complessivo quadro sistematico chiaro e coerente.

5. - In effetti, tornando a considerare le clausole di *favor*, e più specificamente quella cristallizzata nell'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), del Trattato, si può senza dubbio asserire che la rilevata inclusione della finalità di «un elevato livello [...] di protezione sociale» tra gli obiettivi fondamentali della Comunità di cui all'art. 2, e l'emersione del predetto principio di tutela del lavoro producono conseguenze di rilievo anche sul piano della sua interpretazione.

5.1 - Va rilevato, in via preliminare, che in conseguenza di siffatta inclusione deve ritenersi che abbia assunto nuova luce anche la previsione secondo cui la Comunità e gli Stati membri hanno, tra gli altri, come obiettivo delle politiche sociali «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro che consenta la loro parificazione nel progresso» (v. già art. 117 e, poi, art. 136, co. 1, dopo il Trattato di Amsterdam); obiettivo al quale, come già sottolineato, ha fatto poi pieno riscontro la previsione di cui all'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino).

Sulla base del dato normativo risultante dall'insieme di queste norme, si può infatti affermare che l'impegno tanto della Comunità quanto degli Stati membri - nel porre in essere gli interventi previsti dall'art. 136, co. 1, nella prospettiva della generale finalità di garantire un'*adeguata* protezione sociale - deve essere *tendenzialmente* indirizzato a privilegiare la prospettiva del progresso (si noti, d'altronde, che l'art. 2 parla appunto di «*elevato* livello di protezione sociale», sembrando così includere anche la predetta prospettiva); onde viene espressamente sancito che, a fronte di una direttiva comunitaria in materia di politica sociale - la quale è volta a stabilire, come si è visto, mere *prescrizioni minime* - gli Stati membri hanno la *facoltà* di conservare le previsioni di miglior favore (o di introdurre in seguito trattamenti più vantaggiosi).

A questo riguardo non si può certo trascurare che l'art. 137 - con una *scelta realistica* e ben comprensibile, derivante dalla natura compromissoria del Trattato stesso - prefigura un'attuazione temperata dell'obiettivo 'parificazione nel progresso', prevedendo che le direttive finalizzate al perseguimento degli obiettivi di politica sociale della Comunità (nelle materie indicate dalla stessa disposizione, e ora dall'art. 137, par. 1, lett. *a-i*, in seguito alle modifiche introdotte dal Trattato di Nizza), debbano contenere prescrizioni minime «applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro», evitando, altresì, «di imporre vincoli [...] di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese»¹⁰⁷⁵; norma che si muove in assonanza con il co. 2° dello stesso art. 136, secondo il quale, nel perseguimento degli obiettivi di politica sociale, «la Comunità e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali [...] e della necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità». Leggendo la normativa predetta in senso speculare, si potrebbe asserire che il Trattato, pur individuando come obiettivo della Comunità il tendenziale riallineamento verso l'alto delle condizioni di protezione sociali -

¹⁰⁷⁵ Art. 137, par. 2 (ora art. 137, par. 2, lett. *b*); cfr. già art. 118 A, par. 2, nel testo precedente ad Amsterdam. Per una visione scettica, che sottolinea il rilievo di questi limiti all'azione comunitaria, v. - per tutti - TREU, 1992, p. 10 ss.; SANTONI, 1992, p. 670 s.; CARTABIA, 1995, p. 57 ss. Per spunti critici sull'ultimo dei limiti in questione, v., poi, APARICIO TOVAR, 1996, p. 572.

così, evidentemente, rigettando l'idea che le differenze regolative presenti nei vari Stati, rispetto alle varie materie volta a volta rilevanti, possano essere colmate prendendo a parametro i livelli più bassi di protezione rinvenibili tra le discipline interne degli Stati membri, ai fini di un riallineamento verso il basso¹⁰⁷⁶ – non si nasconde, tuttavia, che tale prospettiva possa talora risultare, anche per i motivi anzidetti, in conflitto con gli equilibri interni dei singoli Stati.

È per questo che, sul piano della stessa introduzione di una normativa in materia sociale – che di per sé costituisce sempre espressione del principio di tutela del lavoro fatto proprio dal Trattato –, viene comunque richiesto al legislatore comunitario di prevedere una gradualità del processo di integrazione ed armonizzazione, in funzione «delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro»; ed è altresì per questo che l'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), ammette, seppure implicitamente, che gli Stati membri possano anche definire regole regressive rispetto alle preesistenti tutele, una volta che l'approvazione di una direttiva abbia reso evidente che per il futuro sarà la regolazione da essa prevista a fungere da generale *standard* di trattamento entro i confini della Comunità; ma su questo aspetto si tornerà più oltre.

Tutto ciò riconosciuto, peraltro, non si può condividere la lettura secondo cui l'art. 137 – nella formulazione derivante dalle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam – abbia comportato un'*attenuazione* della prospettiva di armonizzazione verso l'alto, rispetto a quanto previsto, con (specifico e limitato) riferimento alla sicurezza e alla salute dei lavoratori, dal vecchio art. 118 A, introdotto dall'Atto Unico del 1986¹⁰⁷⁷. Se è vero, infatti, che un simile esplicito riferimento manca invece nel testo dell'art. 137, è altrettanto vero che quest'ultimo, oltre a ribadire comunque – come s'è detto – la natura di «prescrizioni minime» delle misure assunte a livello comunitario, intende le stesse come strumenti per perseguire gli obiettivi di cui all'art. 136, i quali, per l'appunto, consistono nella «promozione dell'occupazione», nel «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione *nel progresso*», ecc.¹⁰⁷⁸; si che, per queste ultime, risulta confermato l'impegno «ad una convergenza "verso l'alto", con allineamento [quantunque *tendenziale*, come s'è detto *supra*: n.d.a.] alle condizioni e normative migliori tra quelle esistenti negli Stati membri»¹⁰⁷⁹.

Tanto meno si può condividere l'affermazione secondo la quale l'*indebolimento* dell'obiettivo di armonizzazione verso l'alto delle tutele risulterebbe ulteriormente evidente «specie» dopo il Trattato di Nizza, poiché con esso, accanto al tradizionale strumento delle direttive, si è aggiunta la possibilità per il Consiglio di adottare misure destinate ad incoraggiare la cooperazione, «ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» (art. 137, par. 2, lett. *a*, come modif. dal Trattato di Nizza)¹⁰⁸⁰. Questa lettura trascura di dare il dovuto valore al fatto che siffatta possibilità per il Consiglio (già contemplata, sia pure

¹⁰⁷⁶ V., anche per ulteriori rinvii, LECCESE, 2001, p. 203 ss.

¹⁰⁷⁷ DONDI, 2004, par. 3.

¹⁰⁷⁸ Né alcun rilievo può essere ascritto, al fine di suffragare la sussistenza di un indebolimento della prospettiva pregressa (cfr. ancora DONDI, 2004, par. 3), alla previsione secondo cui l'azione comunitaria deve essere condotta tenendo conto delle condizioni e delle normative esistenti in ciascuno Stato e in modo da non imporre vincoli che ostacolino creazione e sviluppo di piccole e medie imprese; tali condizioni, come pure s'è già detto, erano infatti già presenti anche nel testo dell'art. 118 A.

¹⁰⁷⁹ POCAR, VIARENGO, 2001, p. 280 s.

¹⁰⁸⁰ Cfr. ancora DONDI, 2004, par. 3; ma v. già GIUBBONI, 2003, p. 148 ss. e p. 162 ss.

in termini diversi, nell'art. 137, par. 2, co. 3, nel testo risultante dal Trattato di Amsterdam; ma cfr. anche le competenze già attribuite alla Commissione dall'art. 5 dell'APS e, prima ancora, dall'originario testo dell'art. 118 del Trattato istitutivo) *si aggiunge alla*, e certamente *non sostituisce né sminuisce la*, strategia fondata sulle prescrizioni minime, che resta invece in piena forza per la gran parte delle materie sociali di competenza comunitaria (art. 137, par. 2, lett. *b*, come modif. dal Trattato di Nizza, che rinvia, come si è già accennato, alle materie di cui allo stesso art. 137, par. 1, lett. *a-i*).

In realtà, l'affermazione sopra riportata sembra riecheggiare quell'ottimistica, ma invero infondata, pretesa – notoriamente fatta propria nel *Libro bianco* del Governo italiano in carica¹⁰⁸¹ - di trasferire la tematica del *soft law* dalla mera definizione di obiettivi e comportamenti virtuosi in materia di occupazione, alla tematica delle tutele.

A questo riguardo, è noto come in materia di occupazione si vada consolidando a livello comunitario un tipo di intervento diverso rispetto al passato. Abbandonata la strada della normativa rigida e vincolante, si è fatto riferimento a forme di regolazione ispirate a modelli di *management by objectives*: si tratta, appunto, del c.d. *soft law*, ormai entrata largamente a far parte della riflessione scientifica sull'evoluzione delle politiche comunitarie in materia di occupazione, nonché sull'azione che ciascuno Stato deve sviluppare in relazione agli obiettivi di miglioramento della qualità e quantità dell'occupazione¹⁰⁸².

Se ciò è vero, occorre peraltro fare chiarezza su un aspetto determinante di tecnica normativa: la promozione dell'occupazione perseguita tramite la *soft law* non ha nulla a che vedere con una protezione dei lavoratori fondata su diritti e su garanzie. Le previsioni normative del diritto debole o mite sono volte, com'è noto, soltanto ad indicare la direzione verso la quale si auspica siano indirizzate (ed eventualmente si promuove si dirigano) scelte ed azioni dei soggetti, senza assumere la forma di una disciplina di carattere prescrittivo. Poiché, tuttavia, in materia di obblighi inerenti al rapporto di lavoro è indispensabile una tutela fondata essenzialmente su diritti e garanzie, è da escludere che si possa pensare ad un diritto del rapporto di lavoro incentrato sul *soft law*. Altro, poi, è il discorso se la norma lavoristica di tutela debba avere il carattere della inderogabilità assoluta o meno e se, nel caso di derogabilità, essa possa avvenire solo ad un livello collettivo, ovvero anche, o solo, ad un livello individuale; ma - val la pena di ribadirlo ancora una volta - il *soft law* non ha nulla a che vedere con una tutela fondata su diritti e garanzie, quale è quella che si rende necessaria nel rapporto di lavoro¹⁰⁸³; un aspetto, questo, che finalmente è stato evidenziato anche in un rapporto ufficiale destinato alla Commissione¹⁰⁸⁴.

Ecco perché, dunque, va rigettata una lettura riduttivistica della normativa del Trattato, quale risultante, appunto, dalle modifiche introdotte dai Trattati di Amsterdam e di Nizza, relativa all'azione comunitaria in materia sociale, e perché, invece, si deve piuttosto sostenere che i due interventi si muovono lungo un percorso evolutivo nel quale i nuovi strumenti di azione *si affiancano*, o meglio *aggiungono*, a quelli del passato (costruiti in termini di tutele nel rapporto), al fine

¹⁰⁸¹ *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*, diffuso nell'ottobre 2001.

¹⁰⁸² Sul tema v., anche per ulteriori riferimenti, TREU, 2001, p. 88 ss.; ROCCELLA, TREU, 2002, p. 131 ss. e p. 189-191; OLIVELLI, 2002; DELFINO, 2003; SCIARRA, 2004a, p. 288 ss.; GIUBBONI, 2004b, nonché i saggi raccolti in AA.VV., 2003.

¹⁰⁸³ CARABELLI, 2002; cfr. SCIARRA, 2004a, p. 290.

¹⁰⁸⁴ SCIARRA, 2004b, pp. 8-9 e 18 ss.

fronteggiare i nuovi bisogni derivanti dagli obiettivi di sviluppo occupazionale.

5.2 - L'evoluzione normativa appena descritta, oltre a confermare ulteriormente quanto sopra accennato, ci consente ancora di precisare che l'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), evidentemente riferibile alle sole normative di tutela del lavoro, deve essere considerata come una norma *implicitamente promozionale*, rivolta agli Stati membri affinché optino – allorché la Comunità intervenga con una propria direttiva a disciplinare una determinata materia sociale di propria competenza – per la salvaguardia delle condizioni di miglior favore in funzione del perseguimento della 'parificazione nel progresso', così assecondando il perseguimento di «un elevato livello [...] di protezione sociale» che, come si è sottolineato più sopra, è ormai divenuto una delle finalità fondamentali della Comunità stessa. Ed ecco perché risulta confermato che da tale regola promozionale – significativamente divenuta generale dopo la sua *traduzione* direttamente nell'ambito dell'art. 137 e, come tale, destinata ormai a valere per tutte le materie sociali di competenza comunitaria – emerge un *favor* dell'ordinamento comunitario nei confronti della conservazione dei trattamenti di miglior favore, pur senza che sia imposta alcuna irriformabilità *in pejus* della normativa di tutela.

Quanto appena sostenuto non significa (ancora), si badi bene, affermare, ribaltando la prospettiva, che, a fronte della predetta disposizione del Trattato, l'eventuale arretramento protettivo da parte dello Stato membro sia stato ammesso esclusivamente come una deviazione rispetto alla conservazione dei miglioramenti più vantaggiosi, *possibile* in quanto tale, ma soltanto in via di mera *eccezione*: come si dirà tra breve è solo con le clausole di non regresso che si è varcata la soglia di questa inversione, poiché il loro obiettivo è stato proprio quello di introdurre un vincolo di tal fatta in capo agli Stati membri.

Su questo aspetto, riguardante più specificamente l'interpretazione delle clausole di non regresso, si tornerà ampiamente più avanti. Al momento preme invece osservare come, collegando tra loro i vari tasselli della riflessione fin qui sviluppata – e cioè, *da un lato*, rammentando i significativi risultati dell'evoluzione del giurisprudenza della Corte di giustizia ricostruita nel par. 4.1); *dall'altro*, prendendo atto del fatto che, per effetto dell'evoluzione della normativa comunitaria, l'obiettivo di protezione sociale risulta ormai *equordinato* ai più tradizionali obiettivi di politica economica della Comunità, di modo che di fronte delle tradizionali libertà economiche comunitarie si pone oggi un principio generale di *tutela del lavoro*, il quale inietta di corrispondente forza anche l'azione degli Stati membri su questo piano, di cui si è trattato nel par. 4.2); *dall'altro* ancora, convenendo sulla coerenza di questi sviluppi con la prospettiva della armonizzazione verso l'alto dei sistemi nazionali di tutela del lavoro, evidenziata nel par. 5.1) – ne risulterà inevitabilmente incisa anche l'interpretazione dell'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), e specificamente del riferimento ivi contenuto alla '*compatibilità*' con le libertà fondamentali del Trattato di una normativa interna di miglior favore rispetto a quella fissata da una direttiva comunitaria.

In questa prospettiva, del resto, un significativo rilievo assume, ancora una volta, la giurisprudenza della Corte di giustizia, dalla cui lettura può trarsi conferma di quanto sin qui argomentato.

Al riguardo, di primario interesse risulta anzitutto la già citata sentenza *Finalarte*¹⁰⁸⁵, nella parte in cui tratta il problema della durata delle ferie retribuite. In questa pronuncia, infatti, la Corte di

¹⁰⁸⁵ Cit. *supra*, par. 4.1.

Giustizia ha risposto negativamente alla questione, posta dal giudice nazionale, se la normativa interna di miglior favore vigente in Germania «sia sproporzionata, tenuto conto, da un lato, che l'obiettivo d'interesse generale che essa persegue è già salvaguardato» dalla dir. n. 93/104 (adottata sulla base del citato art. 118 A) «e, dall'altro, che essa prevede un periodo di ferie retribuite superiore a quella prevista da tale direttiva».

Nel fornire la propria risposta negativa la Corte ha evidenziato che la direttiva contiene «solo prescrizioni minime» (come si evince anche dal suo art. 15, che consente agli Stati membri di applicare od introdurre disposizioni più favorevoli¹⁰⁸⁶) e che «spetta quindi a ciascuno Stato membro determinare la durata delle ferie retribuite necessarie nell'*interesse generale*» (corsivo nostro). Inoltre, la stessa Corte ha osservato che, avendo il legislatore nazionale «determinato che un periodo di ferie [più elevato rispetto allo *standard* imposto a livello comunitario] è necessario per la tutela sociale dei lavoratori [...], gli artt. 59 e 60 [ora 49 e 50] del Trattato non ostano in via di principio al fatto che uno Stato membro estenda tale livello di tutela ai lavoratori distaccati da prestatori di servizi con sede in altri Stati membri» (punti 55-58)¹⁰⁸⁷.

Si tratta, dunque, come si può intuire già ad una prima lettura, di una pedissequa applicazione dei principi tratti nella precedente parte di questo saggio dalla pluriennale giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libertà di circolazione e di concorrenza, direttamente applicati però, questa volta, ad un caso in cui vi era, al fondo della questione, la presenza di un intervento di armonizzazione *positiva* della Comunità: la Corte, infatti, è stata chiamata direttamente a giudicare – al fine di formulare il giudizio di 'compatibilità' con il Trattato, richiesto ai sensi dall'art. 118 A, par. 3 – una normativa lavoristica interna di miglior favore rispetto a quella contenuta in una direttiva disciplinante la materia, indistintamente applicabile a tutti gli operatori economici '*interni*' ed '*esterni*'. Ed al riguardo le è stato esplicitamente richiesto di valutare se la sua estensione anche ai lavoratori distaccati da prestatori di servizi con sede in altri Stati membri fosse da considerare o meno 'proporzionata'.

Merita di essere sottolineato che l'apertura della Corte al richiesto giudizio di proporzionalità, per quanto sfumata, risulta (oltre che dall'esplicita richiesta formulata dal giudice remittente) dall'utilizzo dell'espressione «non ostano in via di principio»; e d'altronde la Corte si è premurata di precisare che al giudice nazionale spetta in ogni caso verificare se, *a fronte dell'estensione a quei lavoratori* del diritto a ferie retribuite (indipendentemente dal suo *quantum*), siano rispettate le seguenti condizioni: «da una parte, [che] i lavoratori non beneficino di una tutela sostanzialmente equivalente in forza della normativa dello Stato membro in cui ha sede il loro datore di lavoro, di modo che l'applicazione della normativa nazionale del primo Stato membro attribuisca loro un effettivo vantaggio che contribuisce, in maniera significativa, alla loro tutela sociale, e, dall'altra, che l'applicazione di tale normativa del primo Stato membro sia proporzionata all'obiettivo di

¹⁰⁸⁶ Per un ulteriore, recente, richiamo a questa disposizione cfr. Corte giust. com. eur. 18 marzo 2004 (C-342/01, *María Paz Merino Gómez c. Continental Industrias del Caucho SA*), nella quale la Corte ha affermato che il principio di non sovrapposibilità tra ferie annuali e congedo di maternità (principio espresso nella medesima pronuncia) vale anche con riferimento al periodo di ferie annuali che lo Stato membro abbia fissato in aggiunta al periodo minimo previsto dalla direttiva n. 93/104 (punti 42-45).

¹⁰⁸⁷ È il caso di ricordare che la Corte ha emesso pronuncia senza considerare le previsioni della dir. n. 96/71, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, poiché il termine per la sua trasposizione non era decorso all'epoca dei fatti delle cause principali.

interesse generale perseguito»¹⁰⁸⁸.

Ciò posto, ulteriori, utili elementi di riflessione si ricavano dalla sentenza data nel caso *Borsana* (da cui, d'altro canto, si è partiti nel condurre questa parte della nostra ricerca: *supra*, par. 3), nella quale il giudice comunitario ha dovuto pronunciarsi direttamente sulla richiesta di un operatore economico 'interno' di valutare la legittimità di una norma interna italiana (l'art. 62 del d.lgs. n. 626/1994), la quale obbliga il datore di lavoro a ridurre l'esposizione dei lavoratori ad un agente cancerogeno a prescindere dalla valutazione del rischio (come invece previsto dall'art. 5 della dir. n. 90/394). In questa pronuncia¹⁰⁸⁹, lo si ricorda, la Corte ha affermato la compatibilità con il Trattato di una siffatta disposizione, seguendo un procedimento interpretativo (cui si è in parte già fatto riferimento in precedenza, ma che vale la pena di richiamare per chiarezza espositiva), nel quale è stato messo in risalto:

- in primo luogo, che la direttiva fissa unicamente «prescrizioni minime», onde «gli Stati membri sono autorizzati ad adottare norme più rigorose di quelle che sono oggetto dell'intervento comunitario»¹⁰⁹⁰ (come d'altronde confermato al par. 3 dell'art. 118 A), e che effettivamente una disposizione nazionale che rafforza l'obbligo di cui all'art. 5 della direttiva va considerata come norma volta a garantire una tutela di miglior favore (punti 35, 36-37);
- in secondo luogo che una siffatta disposizione nazionale «si applica in modo non discriminatorio e non ostacola l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato» (punto 38);
- in terzo luogo che, «trattandosi di una misura per una maggiore protezione delle condizioni di lavoro compatibile con il Trattato e quindi dell'esercizio da parte di uno Stato membro delle competenze che continua a detenere in base all'art. 118 A, par. 3, del Trattato, non spetta alla Corte pronunciarsi sul rispetto, da parte di tale normativa e delle sanzioni che la accompagnano, del principio di proporzionalità» (punto 40).

Orbene, ove si confrontino le argomentazioni del caso *Finalarte* con quelle del caso *Borsana*, si potranno agevolmente trarre alcune conclusive indicazioni a convalida della nostra complessiva ricostruzione.

Anzitutto nella sentenza *Finalarte* vengono ribadite, da un lato, la riconducibilità della normativa di tutela lavoristica all'interesse generale e, dall'altro, l'esigenza di un giudizio di proporzionalità rispetto all'applicazione della disciplina nazionale ad operatori economici 'esterni'; il tutto secondo un processo interpretativo che, come si è visto, è stato già seguito dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza esaminata in precedenza. Parallelamente, nella sentenza *Borsana*, dove il ricorrente nella causa principale era un operatore 'interno', l'assertoria affermazione della 'compatibilità' con il Trattato di una disciplina interna di tutela lavoristica migliorativa di quella fissata da una direttiva, e l'esplicita esclusione del giudizio di proporzionalità, confermano – anche rispetto a tale ipotesi – quanto sopra argomentato in relazione alla presupposta 'compatibilità' con le libertà del Trattato di normative nazionali di tutela lavoristica emanate in mancanza di una normativa comunitaria della materia.

¹⁰⁸⁸ In genere, sulla competenza del giudice nazionale, val la pena rinviare ancora a quanto detto nelle nt. 43 e 45.

¹⁰⁸⁹ Sulla quale si v. anche le considerazioni di MOIZARD, 1999, p. 918 ss.

¹⁰⁹⁰ Sul punto la sentenza richiama la già citata Corte giust. com. eur. 12 novembre 1996 (C-84/94, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio*), punto 17 (v. *supra*, par. 2 e, *ivi*, nt. 19).

Ed è quasi superfluo segnalare che quanto argomentato dalla Corte sulla base dell'art. 118 A può essere automaticamente proiettato sull'attuale generale norma dell'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino).

6. - Tirando le somme dell'intero discorso fin qui svolto può dunque alla fine ritenersi confermato, *anzitutto*, che qualsiasi normativa interna di tutela lavoristica (sia essa operante in assenza di una disciplina comunitaria della materia, sia essa migliorativa rispetto a uno *standard* fissato da una direttiva) la quale, in quanto indistintamente applicabile, estenda la sua efficacia ad operatori '*esterni*' che svolgano la propria attività sul territorio dello Stato membro che l'ha adottata, sarà assoggettabile (proprio per questa sua espansione verso soggetti esterni) alla predetta verifica di proporzionalità, da effettuare comunque secondo i rigorosi canoni elaborati dalla Corte medesima.

Per altro verso, resta parimenti confermato che qualsiasi normativa interna di tutela lavoristica (sia essa operante in assenza di una disciplina comunitaria della materia, sia essa migliorativa rispetto a uno *standard* fissato da una direttiva), costituisce sempre, per quanto detto più sopra, espressione di un «interesse generale» dello Stato membro, oltre ad essere di per se stessa attuativa del principio comunitario di tutela del lavoro (nonché, nel caso risulti migliorativa della normativa di una direttiva, anche del programma comunitario di «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso»): nei suoi confronti dunque nessun operatore '*interno*' potrà invocare un giudizio di proporzionalità, al fine di farne dichiarare la non 'compatibilità' con il Trattato, per contrasto con una delle libertà economiche fondamentali¹⁰⁹¹.

¹⁰⁹¹ Analogo esito avrebbe l'eventuale – anche se, invero, assai poco probabile – rivendicazione di un operatore esterno, il quale, invece che addurre la violazione delle libertà di circolazione di cui si è detto nel par. 4.1 (così provocando l'apertura di un giudizio di proporzionalità), lamentasse che la normativa di tutela lavoristica dello Stato in cui intende esercitare una propria attività, risulta limitativa della propria libertà concorrenziale nei confronti di soggetti operanti in un terzo Paese.

Diverso è il problema di quali ulteriori conseguenze sul fronte interno possano derivare da un'eventuale sentenza della Corte di giustizia la quale rendesse inapplicabile ad un operatore esterno una normativa interna di tutela lavoristica che non superi il giudizio di proporzionalità, lasciando, invece, l'operatore interno assoggettato ad essa. In tal caso, infatti, guardando al nostro Paese, sarebbe ipotizzabile un successivo intervento della Corte costituzionale volto ad accertare la (sopravvenuta) violazione, da parte di quella normativa, del principio di uguaglianza e della libertà di iniziativa economica, nella misura in cui essa si applichi ormai *solo* agli operatori interni e non più anche a quelli esterni che comunque svolgano la loro attività nel territorio dello Stato (c.d. discriminazione a rovescio)? Ebbene, l'inaammissibilità di una pronuncia di illegittimità costituzionale di questo tipo appare invero palese, ove si tenga conto del fondamento costituzionale (art. 35 Cost.), che è sempre sotteso ad una normativa interna tutela lavoristica: la presenza di tale fondamento costituzionale rende, infatti, ben giustificabile (evidentemente in termini di ragionevolezza) la differenza di trattamento derivante dal fatto che la medesima normativa sia divenuta, a causa della sentenza della Corte di giustizia, inapplicabile agli operatori esterni. Tale principio è d'altronde direttamente derivabile dalla sentenza n. 443 del 1997 della Corte Costituzionale.

A questo riguardo di particolare interesse appaiono le riflessioni di GHERA FED., 2003, p. 221 ss., spec. p. 254 ss., dove l'autore esamina questa sentenza della Corte, con la quale è stata dichiarata incostituzionale una norma interna (l'art. 30, l. 4 luglio 1967, n. 580) la quale imponeva limiti qualitativi alla produzione di paste alimentari, rimasti applicabili solo ai produttori interni a causa di una sentenza della Corte di giustizia (Corte giust. com. eur. 14 luglio 1988 (90/86, c.d. caso *Paste alimentari*), cit.), che li aveva ritenuti limitativi della libertà di circolazione dei beni. L'autore, riflettendo sulla pronuncia della Corte, rileva come un siffatto contrasto con il principio di uguaglianza non sarebbe comunque concepibile: 1) anzitutto, quando si sia in presenza di una esigenza di tutela del c.d. «nucleo duro» dei principi costituzionali, la quale, anzi, consentirebbe addirittura una 'ri-espansione' del campo di applicazione soggettivo della normativa, e cioè una sua 'ri-estensione' anche agli operatori esterni, nonostante la pronuncia della Corte di giustizia; 2) in secondo luogo, quando la normativa restrittiva della libertà di impresa si fondi su un valore costituzionale non qualificabile come fondamentale ma che si riveli «particolarmente stringente», al punto da richiedere il sacrificio del principio della parità di concorrenza

In conclusione è opportuno ancora evidenziare che la lettura qui proposta non è affatto contraddetta da una recente sentenza¹⁰⁹², la quale, a prima vista, potrebbe indurre a ritenere che la Corte abbia inteso modificare il proprio orientamento. La pronuncia è stata emessa con riferimento alla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 18/1999, con il quale è stata recepita, in Italia, la dir. n. 96/67 (relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità). In particolare, l'art. 14 del d.lgs. n. 18/1999 impone - tra l'altro - che, ogniqualvolta vi sia un «trasferimento di attività» concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra di cui agli allegati del decreto stesso, sia assicurato il passaggio del personale dipendente dal precedente prestatore del servizio al soggetto subentrante, in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo¹⁰⁹³.

Orbene, la Corte ha ritenuto che la normativa italiana si pone in contrasto con la dir. n. 96/67 in quanto la tutela con la prima assicurata «pregiudica la finalità perseguita da tale direttiva, cioè l'apertura dei mercati interessati e la creazione delle condizioni adeguate in vista di una concorrenza intracomunitaria in questo settore» (punto 35 della sentenza). Detta normativa, infatti, «renderebbe oltremodo difficile l'accesso ai mercati di assistenza a terra di nuovi prestatori di servizi, essendo questi ultimi tenuti a riassumere il personale impiegato dal precedente prestatore» (punto 33), e ciò andrebbe oltre quanto (pur) consentito dall'art. 18 della medesima

tra imprese concorrenti, di modo che la Corte costituzionale sia tenuta a conservare in vigore la normativa interna «nei confronti delle sole merci nazionali, così dando preferenza, nel bilanciamento con tale principio, all'altro valore costituzionale in gioco» (questo è in verità l'unico principio direttamente derivante dalla citata sentenza della Corte costituzionale, punto 6, da cui si ricava, appunto, che la dichiarazione di incostituzionalità è la sola alternativa praticabile «in assenza di altre ragioni giustificative costituzionalmente fondate»); 3) infine, in tutti i casi in cui il giudizio di proporzionalità ha avuto esito negativo perché la norma italiana è risultata incompatibile con il principio della libera circolazione delle merci non «in quanto non sorretta da alcune delle ragioni che, ai sensi dell'art. 30 del Trattato CE – salute pubblica, ordine pubblico, buon costume etc. – giustificano limitazioni a tale principio», ma perché, pur essendo sorretta da una di queste ragioni, «la normativa dello Stato di origine del prodotto, con diverse modalità, raggiunge il medesimo obiettivo di quella nazionale» (alle pp. 101-103, l'a. parla anche di «norme che tutelano in modo equivalente (o comunque idoneo) quel tipo di esigenza»; va notato che l'a. deriva il limite di cui al punto 3 dalla giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia in tema di libera circolazione dei servizi – come in effetti si è rilevato *supra*, testo e nt. 69 – estendendolo alla libera circolazione delle merci; va osservato, peraltro, che rispetto a quest'ultima non risulta che la Corte lo abbia mai esplicitamente formulato in quanto tale).

Tenendo conto di queste considerazioni, si può dunque affermare che - a parte il problema della riconducibilità di molti dei diritti che l'ordinamento riconosce in capo ai lavoratori a norme costituzionali che stabiliscono diritti fondamentali della persona (cfr., *supra*, nt. 86) – nel nostro Paese le normative lavoristiche trovano sempre, come si è sopra accennato, un loro diretto fondamento costituzionale di rilievo superiore nell'art. 35 Cost. («la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni»), la cui diretta connessione con il principio dell'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost., giustifica comunque la conservazione in vita della normativa nazionale di tutela lavoristica, sia pure in quanto applicabile soltanto agli operatori interni. E tale considerazione rende, a ben vedere, superflua la pur vera osservazione secondo cui, qualora la Corte di giustizia dichiarasse l'inapplicabilità agli operatori esterni di una normativa interna di tutela lavoristica per contrasto con la libera circolazione di servizi, sul presupposto che quegli operatori siano assoggettati a corrispondenti normative interne di tutela, ci si troverebbe di fronte alla terza delle situazioni prospettate dall'autore sopra citato.

¹⁰⁹² Corte giust. com. eur. 9 dicembre 2004 (C-460/02, *Commissione c. Repubblica italiana*).

¹⁰⁹³ Più precisamente, l'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, prevede che «nel garantire il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra, nei trenta mesi successivi alla data di entrata in vigore del presente decreto si deve salvaguardare il mantenimento dei livelli di occupazione e della continuità del rapporto di lavoro del personale dipendente dal precedente gestore» (co. 1°) e che «salva restando l'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, ogni trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra di cui agli allegati A e B comporta il passaggio del personale, individuato dai soggetti interessati d'intesa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, dal precedente gestore del servizio stesso al soggetto subentrante, in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo» (co. 2°).

direttiva agli Stati membri¹⁰⁹⁴, al fine di «garantire un adeguato livello di protezione sociale al personale delle imprese che forniscono servizi di assistenza a terra» (in tal senso si esprime il *Considerando* n. 24 della dir. n. 96/67).

Come si può vedere, il giudice comunitario - sollecitato questa volta a pronunciarsi non direttamente sulla compatibilità di una normativa lavoristica nazionale con una delle libertà fondamentali previste dal Trattato, bensì sulla conformità di tale normativa alle specifiche finalità perseguite da una direttiva (sia pure in attuazione di previsioni del Trattato fondanti alcune di quelle libertà: nel caso di specie, artt. 7 A, 59 e 61, ora art. 14, 49 e 51¹⁰⁹⁵) - non ha ritenuto di seguire l'*iter* argomentativo maturato e consolidatosi, come si è visto, nel corso degli anni, intervenendo invece a valutare in modo estremamente più restrittivo l'incidenza limitativa che la disciplina interna era in grado di esercitare sulla perseguita liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra.

A parte ogni osservazione sull'asserita idoneità di quella specifica norma interna di tutela a impedire la realizzazione degli obiettivi perseguiti con la direttiva, in questa sede preme invece osservare che, proprio la specificità dell'obiettivo perseguito da quest'ultima, rispetto alle generiche libertà economiche, rende comprensibile, in fin dei conti, l'atteggiamento della Corte; tanto più se si considera che proprio l'art. 18, dir. n. 96/67, da un lato, prevede che «gli Stati membri *conservano* il potere» (cfr. punto 31 della sentenza) di adottare «le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori» e, dall'altro, stabilisce però espressamente che, nell'emanazione di dette misure, deve essere comunque «fatta salva l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva» e, naturalmente, devono essere rispettate le «altre disposizioni del diritto comunitario».

In altre parole, a differenza della casistica sin qui esaminata, la questione posta alla Corte concerne una fattispecie nella quale il legislatore comunitario ha già ritenuto di effettuare direttamente una ponderazione dei valori in campo, in modo da evitare che, con riferimento a questa particolare attività, la tutela dei lavoratori potesse prevaricare l'obiettivo economico perseguito (liberalizzazione dei servizi). Ed è sulla base di questa premessa che nella sentenza si è infatti dichiarato che l'art. 14, d.lgs. n. 18/1999 ha introdotto «una misura sociale incompatibile [non con il Trattato, bensì] con l'art. 18 della direttiva 96/67» (punto 52).

In definitiva, nel caso di specie, è la stessa direttiva ad avere operato un bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti nelle vicende oggetto di specifica disciplina ed optato per una precisa scala di priorità nei valori da tutelare, stabilendo quali, tra essi, non debbano comunque essere compromessi¹⁰⁹⁶. Pertanto, il compito interpretativo della Corte - in sede di giudizio, emesso ai sensi degli artt. 226 ss. del Trattato, sulla conformità alla direttiva di una normativa nazionale - è rimasto limitato alla verifica della loro effettiva lesione. Anche se va sottolineato che queste considerazioni non ostano, in linea di principio, a che il giudice comunitario (in questo, come in casi

¹⁰⁹⁴ Art. 18, dir n. 96/67: «Fatta salva l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva e nel rispetto delle altre disposizioni del diritto comunitario, gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori e il rispetto dell'ambiente».

¹⁰⁹⁵ In quanto richiamati dai *Considerando* della stessa direttiva.

¹⁰⁹⁶ Ecco perché, come si è sopra accennato (v. nt. 74), si tratta di una situazione comparabile con quella rilevata in relazione alla dir. n. 96/71.

analoghi) possa pur sempre essere chiamato – in una diversa prospettiva e con diversa procedura (artt. 230 ss.) – ad esercitare un controllo sulla legittimità della direttiva stessa, valutando proprio se il bilanciamento e la scelta di priorità in essa effettuati, questa volta dal legislatore comunitario, siano conformi al Trattato¹⁰⁹⁷.

Piuttosto, merita ancora di essere segnalata la risposta data dalla Corte alla questione, posta dalla difesa dello Stato italiano, della riconducibilità della tutela assicurata dalla norma nazionale alla direttiva comunitaria sul trasferimento d'azienda (v. ora dir. 2001/23).

Sul punto, è bene precisarlo, il giudice comunitario non ha invero escluso che - ove nella singola e concreta situazione ricorra effettivamente un trasferimento d'azienda ai sensi della predetta direttiva, come già interpretata dallo stesso giudice - le tutele di cui alla dir. n. 2001/23 debbano pur sempre essere applicate, anche nel campo disciplinato dalla dir. n. 96/67 (v. punti 38-41 della sentenza), di modo che può dirsi che, nel rapporto tra le finalità delle due direttive, quelle perseguite dalla prima sono state valutate, implicitamente, come prevalenti rispetto a quelle selezionate dalla seconda. La Corte, invece, ha solo ritenuto che «il concetto di trasferimento» presupposto dalla norma interna, riferendosi a «ogni trasferimento di attività» nel settore in questione, indipendentemente dalle caratteristiche dell'operazione, «eccede manifestamente quello stabilito dalla direttiva 2001/23, come è stato interpretato dalla Corte» stessa.

Si deve tuttavia rilevare che, con questo argomentare, la Corte, non ha tenuto in alcun conto il fatto che proprio in quest'ultima direttiva si rinviene una clausola di *favor* - che neppure viene citata nella sentenza (come, del resto, nelle conclusioni dell'avvocato generale) - la quale consente allo Stato membro di «applicare o di introdurre disposizioni [...] più favorevoli ai lavoratori» (art. 8, dir. n. 2001/23, ma v. già art. 7, dir. n. 77/187), evidentemente in conformità - come più volte detto - di quanto previsto dall'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), del Trattato. E ciò, ad avviso di chi scrive, avrebbe dovuto indurre quantomeno ad una più complessa e ponderata valutazione circa la riconducibilità o meno della norma interna ai trattamenti di *miglior favore* consentiti dalla normativa comunitaria (ed è questa la ragione per cui, per comodità espositiva, si è ritenuto opportuno trattare della pronuncia in questione in questa parte del presente saggio). Al di là della conclusione concreta che si sarebbe potuto raggiungere nel caso di specie¹⁰⁹⁸, non ci si può infatti nascondere che l'ampliamento della nozione stessa di trasferimento potrebbe rappresentare uno dei possibili modi in cui il legislatore nazionale può prevedere «disposizioni [...] più favorevoli ai lavoratori»; il che, del resto, nell'esperienza italiana è già accaduto, ad esempio, in materia di licenziamenti collettivi¹⁰⁹⁹, nonché, più problematicamente, anche in materia di

¹⁰⁹⁷ In generale, sulla competenza della Corte a giudicare della legittimità degli atti comunitari, v., per tutti, TESAURO, 2003, p. 215 ss.; BALLARINO, 2001, p. 146 ss.; POCAR, 2001, p. 230 ss.

¹⁰⁹⁸ La Corte, come detto in testo, parla espressamente di un «concetto di trasferimento [...] eccedente rispetto a quello» di cui alla dir. n. 2001/23. Ma al riguardo cfr. GHERA, 2001, p. 145, secondo il quale la continuità nei contratti di lavoro prevista dall'art. 14, d.lgs. n. 18/1999 è «analoga ma non identica a quella prevista dall'art. 2112 c.c. per i casi di trasferimento di azienda», poiché tale continuità si concretizza, «anziché in una successione nel contratto di lavoro, [...] in un obbligo di assunzione del personale trasferito (e dunque in una specie di obbligo a contrarre a carico del nuovo gestore).

¹⁰⁹⁹ Cfr. gli artt. 4 e 24 della L. n. 223 del 1991, che, incidendo anche sui limiti quantitativi e temporali previsti dalla dir. n. 98/59, hanno ampliato la definizione di licenziamento collettivo, utile ai fini dell'applicazione delle tutele previste in tale direttiva (cfr. CARABELLI, 2001a, p. 121 ss., spec. p. 135 e p. 159).

trasferimenti d'azienda¹¹⁰⁰.

7. – Passando ora a trattare più specificamente delle clausole di non regresso, sia ancora consentito di ribadire, in via preliminare, che il principio di *favor* di cui si è fin qui trattato, per il modo stesso in cui è stato formulato, e cioè in termini di *facoltà* dello Stato membro di conservare o introdurre discipline di miglior favore, *implicitamente* finisce per riconoscere il potere modificativo *in pejus* delle discipline protettive già in vigore (ovviamente nei limiti di quanto consentito dalla disciplina prevista dalla specifica direttiva): tale possibilità, in altre parole, viene non 'esplicitamente ammessa', ma 'implicitamente non esclusa'. Questa osservazione, apparentemente scontata, serve, al contrario, per segnalare l'importanza delle clausole di non regresso, le quali - pur trovando anch'esse fondamento negli artt. 136 s. del Trattato (poiché rappresentano un efficace strumento di perseguimento del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro con la 'parificazione nel progresso') - sembrerebbero però perseguire, come già accennato in apertura proprio l'obiettivo di escludere (sempre in linea generale, lo si ribadisce) un siffatto potere di peggioramento regolativo.

In effetti, le clausole di non regresso si sono mosse, sin dalla loro comparsa, in una prospettiva congruente con quella implicita nelle clausole di *favor*, che hanno trovato nell'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), del Trattato la loro espressione generale. Come si è visto in precedenza, un *Considerando* introduttivo della direttiva n. 89/391, richiamando l'attenzione sul fatto che essa non potesse giustificare l'eventuale riduzione dei livelli di protezione già raggiunti in ciascuno Stato membro, creava un chiaro e stretto rapporto tra questa affermazione e l'obiettivo di promuovere il miglioramento delle condizioni di lavoro e dell'*armonizzazione nel progresso*¹¹⁰¹. E, in linea generale, si può affermare che tale caratterizzazione è stata conservata¹¹⁰² anche quando, a partire dal 1992 (dir. 92/95) (ed in significativa coincidenza con il più ampio sviluppo che la politica sociale ha assunto - sia pure, all'epoca, all'interno del ben noto sistema del *doppio binario*

¹¹⁰⁰ Cfr. art. 32, co. 1°, d.lgs. n. 276/2003, che ha sostituito l'art. 2112, co. 5, del codice civile, prevedendo che le disposizioni di tale articolo (e, quindi, anche le tutele in esso previste) «si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, *identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*», rispetto al requisito della preesistenza che si ritiene derivare dalle sentenze della Corte di giustizia (per rinv. v., da ultimi, NOVELLA, VALLAURI, 2005, par. 3.2). In realtà, non può negarsi che tale previsione (che di fatto incide, appunto, sulla nozione di trasferimento), la quale risulta apparentemente estensiva della tutela individuale (nonché, eventualmente, di quella collettiva) in presenza di operazioni di cessione di attività, possa rivelarsi invero svantaggiosa per i lavoratori, fornendo anzi, secondo alcune letture, uno strumento idoneo al compimento di spregiudicate operazioni imprenditoriali di esternalizzazione (per i necessari rinv. alle diverse posizioni sul punto v., ancora, NOVELLA, VALLAURI, 2005), esaltando, così, quella «eterogenesi dei fini» che, come da tempo segnalato dalla dottrina, ha investito la (più generale) disciplina del trasferimento di azienda (v., per tutti, DE LUCA TAMAJO, 2002, p. 20 ss.).

¹¹⁰¹ Cfr. *supra*, par. 1.

¹¹⁰² Anche la Corte di giustizia si è mostrata consapevole del fatto che la clausola di non regresso si muove nella «medesima direzione» delle clausole di *favor* ed ha sottolineato la consonanza di entrambi gli strumenti con la prospettiva di cui all'art. 118 A (nel testo vigente all'epoca della pronuncia): v. Corte giust. com. eur. 12 novembre 1996 (C-84/94), cit., spec. punto 42. In dottrina v. LECCESE, 2001, p. 204 ss.; DELFINO, 2002, p. 499 s.; GAROFALO L., 2004, p. 47 ss.; FERRANTE, 2004, par. 7; TOSI, LUNARDON, 2005, p. 33 s. e p. 122 s. (i quali, peraltro, paiono sovrapporre principio di non regresso e principio di *favor*, che, viceversa, come qui si è cercato di argomentare, vanno collocati su piani differenti). La posizione della Corte (nonché quanto precisato in testo circa la diretta derivazione della clausola di non regresso dall'attuale art. 136) è trascurata da chi afferma che l'attribuzione di un'efficacia giuridica alle clausole di non regresso sarebbe da escludere poiché non è «plausibile che esse esprimano un principio che non trovi puntuale riscontro nel Trattato (pena uno sviamento di potere)» (DONDI, 2004, spec. par. 3 e parr. 5-6).

- con la sottoscrizione dell'APS), esse sono divenute parte integrante del testo normativo di numerose direttive, nonché di accordi raggiunti fra le parti sociali a livello comunitario ed attuati mediante direttive (v. artt. 138-139 e 249 del Trattato), pur continuando talora ad apparire anche, o solo, in uno dei *Considerando*, nonché frequentemente accompagnandosi, come già accennato, a clausole di *favor*¹¹⁰³.

Pur tuttavia, riguardo alle clausole di non regresso si devono segnalare alcune peculiarità di rilievo, in grado di fornirci importanti chiavi di lettura ai fini della loro interpretazione.

La prima di esse è che se, com'è noto, gli Stati membri, in forza dell'art. 249 del Trattato CE, sono in generale vincolati, in presenza di una direttiva, a dare ad essa attuazione nei suoi obiettivi regolativi («il risultato da raggiungere»), tanto le clausole di non regresso quanto le clausole di *favor* attengono invece, più specificamente, ai *poteri regolativi* interni del singolo ordinamento rispetto alla materia disciplinata dalla direttiva¹¹⁰⁴. Tale affinità funzionale non deve tuttavia trarre in inganno, dato che i due tipi di clausole si differenziano comunque profondamente sotto un profilo: l'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), proprio per il fatto di riconoscere agli Stati membri una *facoltà* (di conservazione dei trattamenti di miglior favore), fonda, infatti, su base *volontaristica* la conservazione o introduzione, da parte dei singoli Stati membri, di discipline di miglior favore; laddove le clausole di non regresso parrebbero imporre (almeno a prima vista, sulla base della loro formulazione letterale) ad essi un *divieto* di modificare *in pejus*, in sede di attuazione di una direttiva, le discipline di miglior favore che eventualmente fossero già vigenti; talora, anzi, si è sostenuto che esse sarebbero in grado di fondare, addirittura, un vincolo permanente di *irreversibilità* o *immodificabilità* regolativa *in pejus*, o se si preferisce di un obbligo di *stand still*¹¹⁰⁵.

Un secondo aspetto da rilevare è che, mentre le clausole indicative del *favor* del legislatore comunitario per la salvaguardia delle condizioni nazionali di miglior favore, dopo una fase storica durante la quale sono comparse solo nell'ambito di direttive sociali, hanno poi conosciuto una sorta di 'sublimazione' (trovando alla fine, come già detto, una loro collocazione nell'art. 137 del Trattato nel testo successivo ad Amsterdam), come norma di portata generale in materia sociale, per le clausole di non regresso non si è, invece, verificata un'analoga vicenda. Nonostante, come si è già precisato in precedenza, fossero ormai entrate nell'uso del legislatore comunitario già a partire dal 1989, esse non hanno subito nessuna 'sublimazione' di quel tipo, né in occasione dell'APS del 1991, né in occasione del Trattato di Amsterdam, né infine in occasione del Trattato di Nizza. Tali clausole hanno, dunque, continuato a fare la loro comparsa esclusivamente nell'ambito di direttive sociali, nei termini anzidetti, rimanendo nella disponibilità del legislatore comunitario (o anche delle stesse parti sociali, ove la direttiva derivi dal dialogo sociale) di decidere, volta a volta, se introdurre o meno, nel disciplinare una determinata materia, una clausola di non regresso.

Ciò implica alcune immediate conseguenze di tipo giuridico. Anzitutto, mentre l'assenza in una direttiva sociale di una clausola di *favor* non esclude affatto l'applicazione del principio di cui all'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), viceversa, la mancanza in una direttiva sociale (e/o nell'accordo cui essa dà attuazione) di una clausola di non regresso non permette

¹¹⁰³ Per i necessari riferimenti, v. le direttive e gli accordi citati al par. 2.

¹¹⁰⁴ Cfr. quanto detto nell'introduzione al presente lavoro.

¹¹⁰⁵ In tal senso, in linea generale, GAROFALO L., 2004, p. 47 ss.

assolutamente di dedurla dai principi del Trattato. In secondo luogo, mentre la presenza dell'art. 137 vincola indubbiamente l'interprete a leggere comunque le eventuali clausole di *favor* alla luce della pertinente disposizione del Trattato (e specificamente del principio di compatibilità in essa contenuto), la quale assurge, sostanzialmente, a referente obbligato per la loro esegesi (rendendo, ormai, di fatto, superflua la reiterazione della stessa clausola nella singola direttiva), viceversa, per quanto riguarda le clausole di non regresso, la mancanza di una analoga previsione nel Trattato impone all'interprete una interpretazione puntuale e specifica, non potendosi escludere, quanto meno in linea di principio, la possibilità di una loro differente portata.

In stretta connessione con quanto appena osservato, va detto che, in effetti, le clausole di non regresso non hanno tutte la medesima formulazione, potendosi individuare almeno due modelli: da un lato quelle che, sulla falsariga della clausola contenuta nei *Considerando* della direttiva n. 89/391, stabiliscono semplicemente che l'attuazione della direttiva non può giustificare l'eventuale riduzione dei livelli di protezione presenti in ciascuno Stato membro (per il momento, ai fini del discorso qui svolto, è sufficiente utilizzare questa descrizione assai generica; nel prosieguo definiremo queste clausole come 'clausole del primo modello'); dall'altro lato quelle che, in aggiunta a questa previsione, fanno salvo il diritto degli Stati membri di stabilire, alla luce dell'evoluzione della situazione, 'disposizioni diverse' (espressione che riteniamo debba intendersi solo nel senso di disposizioni *meno favorevoli*, dato che ormai l'introduzione di disposizioni più favorevoli è una *facoltà* spettante allo Stato membro ai sensi dell'art. 137), spesso precisando altresì - *ad abundantiam*, ma evitando ogni possibile equivoco - che tale *facoltà* è soggetta alla condizione che i requisiti minimi previsti dalla direttiva stessa siano rispettati (d'ora in poi definiremo queste clausole come 'clausole del secondo modello'). Va poi detto che anche le clausole di non regresso si presentano non omogenee persino all'interno di ciascuno dei due modelli, dato che, anche alla luce delle diverse versioni linguistiche delle varie direttive, il legislatore comunitario ha adottato spesso espressioni non uniformi; pur se non si deve trascurare, e sul punto si tornerà nel seguito, che su tali differenziazioni ha inciso solitamente la 'diversa penna' del traduttore.

Infine, merita di essere ancora segnalata un'ulteriore differenza che caratterizza le clausole di non regresso da quelle di *favor*, e specificamente dalla norma di cui all'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino). Quest'ultima disposizione, come si è visto, utilizzando i verbi *mantenere* e *stabilire* (nelle direttive si utilizzano anche verbi analoghi come *applicare* e *adottare* o *introdurre*, ovvero si parla esplicitamente di *disposizioni vigenti o future*¹¹⁰⁶), lascia chiaramente intendere, senza sollevare particolari incertezze, che la facoltà riconosciuta agli Stati membri vale tanto per il presente, e dunque in relazione al momento dell'attuazione della direttiva, quanto per il futuro. Rispetto alle clausole di non regresso, invece, a causa di formulazioni frequentemente non precise, ciò non appare sempre così scontato; anche se, come si chiarirà nel seguito la *ratio* sottesa a tali clausole induce, alla fine, ad analoga soluzione.

8. – Tenendo presenti le peculiarità che si sono appena individuate, il primo problema cui va data risposta è se, data la loro formulazione in termini non di facoltà, ma di obbligo, le clausole di non regresso siano effettivamente in grado di esprimere una loro vincolatività giuridica nei confronti

¹¹⁰⁶ Dirr. n. 89/391; 91/383.

degli Stati membri. Ad esso la Corte costituzionale italiana, valutando la specifica clausola di non regresso presente nella direttiva n. 97/81, del 15 dicembre 1997, ha dato risposta positiva, deducendo da essa «uno specifico obbligo comunitario»¹¹⁰⁷; ma in realtà, leggendo le varie clausole di non regresso apparse nel panorama della normativa comunitaria di questi ultimi anni, si può ritenere che questa posizione della Corte possa valere in generale. Non si comprende, infatti, per quale motivo dovrebbe dubitarsi della vincolatività giuridica di disposizioni la cui formulazione non è certo di tipo meramente descrittivo ma chiaramente precettivo. È da dire peraltro che anche in altri paesi non sembra dubitarsi della vincolatività della clausola¹¹⁰⁸.

Ovviamente, come già accennato, il problema si pone in termini diversi nel caso in cui la clausola sia collocata non nella parte direttamente precettiva della direttiva ma *solo* in un *Considerando* introduttivo¹¹⁰⁹. È opinione diffusa che i *Considerando* di una direttiva siano in grado di svolgere solo una funzione di supporto nella interpretazione delle sue disposizioni, ma non di creare vincoli diretti¹¹¹⁰. Nel prosieguo, dunque, ci si riferirà esclusivamente alle clausole di non regresso presenti nel *corpus* normativo della direttiva (ma il discorso varrà anche per quei casi in cui la clausola è contenuta nell'accordo collettivo realizzato tra le parti sociali ai sensi degli artt. 138-139 del Trattato ed attuato con una direttiva).

Ciò detto, si deve osservare che, proprio in virtù della rilevata presenza di due modelli di clausole di non regresso, e tenendo conto della segnalata necessità di affrontare puntualmente l'esegesi di ciascuna specifica clausola, il nodo interpretativo da risolvere è piuttosto quello di stabilire quali sono gli effetti giuridici che possono essere fatti derivare dall'uno e dall'altro modello o, se si vuole, se la differente formulazione dei due tipi di clausola di non regresso implichi effetti giuridici differenziati.

8.1. - È opportuno partire dalle clausole rientranti nel secondo modello (ciò per motivi di chiarezza espositiva, derivanti dal fatto che esse hanno una struttura più complessa e, per così dire, quasi assorbente quella delle clausole del primo modello), e specificamente da quella contenuta nell'art. 18, par. 3, della direttiva n. 93/104 sull'orario di lavoro (ora divenuto art. 23 della direttiva di 'codificazione' n. 2003/88), dato che essa rappresenta la prima clausola di non regresso, riconducibile a tale modello, ad essere stata formalmente inserita nella parte direttamente precettiva di una direttiva, e che a tale clausola si sono poi ispirate altre direttive in materia sociale. Questa disposizione stabilisce che «fatto salvo il diritto degli Stati membri di *fissare*, alla luce dell'*evoluzione della situazione*, disposizioni legislative, regolamentari, amministrative e convenzionali diverse nel campo dell'orario di lavoro, a condizione che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati, l'*attuazione* di quest'ultima non costituisce una *giustificazione* per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori».

Ad una prima lettura, parrebbe doversi semplicemente ritenere che la clausola in questione, mentre non consente allo Stato membro di prevedere una regressione della normativa di tutela in materia di orario al momento della formale trasposizione della direttiva nell'ordinamento interno, al contrario permetterebbe un siffatto arretramento – pur se nel rispetto, ovviamente, delle

¹¹⁰⁷ Cfr. Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 45, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 746 ss., spec. p. 752.

¹¹⁰⁸ MOIZARD, 2003, p. 8.

¹¹⁰⁹ V., ancora, i riferimenti contenuti nel par. 2.

¹¹¹⁰ V. i rinvii operati, *supra*, in nt. 5.

misure minimali imposte dalla stessa direttiva – successivamente, in presenza di una «evoluzione della situazione».

In realtà, va subito detto che quella appena riportata è solo *una* delle letture possibili della disposizione, ed invero non necessariamente la più coerente con la sua formulazione. Un'altra interpretazione possibile, condivisa da chi scrive, è invece quella che attribuisce alla disposizione un valore più conforme alla sua costruzione letterale ed al significato attribuibile alle espressioni utilizzate dal legislatore comunitario, nonché alla complessa realtà dei rapporti tra le fonti, da un lato costruendo tra le due parti di cui essa si compone un raccordo di tipo non temporale bensì funzionale, e, dall'altro, esplicitando meglio perché la clausola in questione non vieta il regresso in assoluto, ma lo ammette solo a determinate condizioni.

Sotto il primo profilo, va anzitutto sgombrato il campo dall'ipotesi secondo cui l'espressione «attuazione della presente direttiva» sarebbe riferibile al solo momento della formale trasposizione di quest'ultima nell'ordinamento interno, precludendo quindi il regresso di tutele soltanto in quell'occasione e non in una fase (anche immediatamente) successiva. Una simile lettura, infatti, sarebbe caratterizzata da una forte contraddittorietà e porrebbe le basi per una concreta frustrazione di ogni possibile *ratio* della clausola, poiché da essa emergerebbe la possibilità che lo Stato membro, una volta operata quella formale trasposizione, emani, anche il giorno dopo, una nuova disciplina peggiorativa di quella previgente rispetto alla direttiva, così aggirando *di fatto* il vincolo derivante dalla clausola stessa¹¹¹¹.

In realtà, va considerato che il richiamo all'*attuazione* della direttiva, contenuto nella seconda parte dell'art. 18, par. 3, può essere inteso non (solo) in senso temporale - cioè come riferentesi al *momento* della trasposizione - ma (anche) in senso funzionale - cioè come riferentesi alla normativa interna di attuazione in sé considerata. A questo riguardo si deve notare come qualsiasi normativa interna che sia volta a disciplinare la materia regolata da una direttiva, purché sia conforme alla regolamentazione stabilita da quest'ultima, ne costituisca invero *attuazione*, non solo quando il legislatore nazionale effettua una formale *trasposizione* di essa, ma anche quando intervenga a modificare la disciplina con cui era stata realizzata la prima trasposizione (e finanche quando effettui interventi successivi). Significativo è, d'altronde, che nella direttiva in questione, come del resto nella gran parte delle direttive in materia di politica sociale, si preveda che gli Stati membri debbano comunicare alla Commissione il testo delle disposizioni di diritto interno che essi adottino o che abbiano già adottato nel settore disciplinato dalla direttiva¹¹¹². Previsioni di questo tipo, evidentemente, si spiegano con il fatto che, al di là delle specifiche questioni relative al non regresso, è comunque necessario mettere in condizione gli organi comunitari di verificare

¹¹¹¹ Per la posizione secondo cui le clausole di non regresso non operano solo con riferimento al momento della formale trasposizione della direttiva, v. anche DELFINO, 2002, pp. 492-497; OCCHINO, 2004, p. 196; ROCCELLA, 2004, nt. 78; TOSI, LUNARDON, 2005, p. 123; cfr. anche CENTOFANTI, 2001, p. 917 s.

¹¹¹² V. art. 18, par. 4, dir. n. 94/103. V. anche, tra le molte altre previsioni analoghe, art. 19, dir. n. 2004/37; art. 24, par. 1, dir. n. 2003/88; art. 2, par. 2, dir. n. 2003/18; art. 17, par. 3, dir. n. 2003/10; art. 2, par. 2, dir. n. 2002/74; art. 14, par. 2, dir. n. 2002/44; art. 14, par. 2, dir. n. 2002/15; art. 11, dir. n. 2001/23; art. 2, par. 2, dir. n. 97/81; art. 17, par. 3, dir. n. 94/33; art. 14, par. 3, dir. n. 92/85; art. 10, par. 2, dir. n. 91/383; art. 18, par. 2, dir. n. 89/391; art. 11, par. 2, dir. n. 80/987; art. 8, par. 2, dir. n. 79/7. In altre direttive si prevede invece che alla Commissione debbano essere trasmesse tutte le informazioni necessarie per consentirle di redigere una relazione al Parlamento e al Consiglio sull'applicazione della direttiva (v., ad esempio, art. 2, par. 2, dir. 2002/73; art. 19, par. 1, dir. n. 2000/78; art. 7, dir. n. 97/80).

i (ed esercitare un costante controllo sui) contenuti *di tutte le discipline interne* che attengono al settore di volta in volta disciplinato da una direttiva, siano o meno esse formalmente presentate, dallo Stato membro, come atti traspositivi della stessa.

Se, peraltro, tutto ciò è vero, deve dedursi che, nella disposizione qui esaminata, la frase «l'attuazione di quest'ultima [direttiva] non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori» può ben essere intesa nel senso che un regresso non può essere giustificato soltanto sulla base del fatto che la normativa interna che lo realizza costituisce un'attuazione della direttiva, *qualunque sia il momento in cui avvenga siffatta attuazione* (e cioè sia in occasione di un intervento che venga presentato come formale trasposizione della direttiva, sia successivamente ad esso)¹¹¹³.

Allo stesso tempo, poi, *l'evoluzione della situazione* – richiamata nella prima parte della disposizione – in presenza della quale viene fatto salvo il diritto dello Stato membro di prevedere una disciplina peggiorativa, non deve necessariamente essere proiettata nel futuro rispetto al momento della trasposizione della direttiva, dato che tale 'evoluzione' può essere riferita anche ad una 'situazione' anteriore a siffatto momento (quella, cioè, sussistente all'epoca della emanazione della disciplina di miglior favore), di modo che già all'atto della trasposizione potrebbe sussistere quella «evoluzione della situazione» che, ai sensi della clausola in questione, consente al legislatore nazionale di *fissare* una regressione di tutele.

Ebbene, ove si condividano queste osservazioni, si deve ritenere che all'art. 18, par. 3, dir. n. 93/104, può essere dato un significato ben diverso da quello prospettato in prima battuta, e precisamente il seguente: il fatto che una normativa regolativa della materia disciplinata dalla direttiva costituisca *attuazione* di quest'ultima non può mai, di per se stesso, rappresentare *giustificazione* di un peggioramento della tutela preesistente (o meglio, già esistente al momento dell'entrata in vigore della direttiva, come si dirà tra breve), né in fase di formale trasposizione della direttiva medesima, né in una fase successiva (in cui si effettuino interventi modificativi della normativa con cui si è effettuata la formale trasposizione, o anche della normativa che, a sua volta, abbia già introdotto modificazioni alla normativa di trasposizione).

Le conseguenze di questa articolata lettura della clausola di non regresso di cui alla dir. n. 93/104 sono dunque particolarmente significative, dato che, sulla base di essa, al singolo Stato è consentito di prevedere una regressione della normativa di tutela in materia di orario vigente alla data di entrata in vigore della direttiva (nel rispetto ovviamente di quella minimale imposta da quest'ultima), tanto con l'atto con cui si effettui una formale trasposizione della disciplina comunitaria, quanto con gli eventuali provvedimenti successivi, purché nel momento in cui avviene il peggioramento sia invocabile una «evoluzione della situazione» rispetto al momento in cui era stata introdotta la normativa interna previgente alla direttiva stessa (ma su quest'ultimo aspetto si tornerà ancora tra breve).

¹¹¹³ E ciò anche se la norma nazionale «non abbia il dichiarato fine di adeguare il dato normativo interno a quello comunitario» (con il che si rivede quanto affermato in LECCESE, 2001, p. 208). Nel senso del testo cfr. anche MOIZARD, 2003, p. 8 (sia pure con riferimento ad una clausola di non regresso riconducibile alle clausole del primo modello, di cui si parlerà nel par. 8.2, ma rispetto alle quali, come si dirà, le conclusioni non possono che essere corrispondenti a quelle qui precisate). Più avanti ci si soffermerà, poi, sul significato da attribuire all'espressione 'livello generale di protezione dei lavoratori' (nonché delle altre analoghe formule rinvenibili nelle direttive successive alla n. 93/104).

Passando poi al secondo profilo sopra accennato, va ancora osservato che la lettura di tipo funzionale del dettato dell'art. 18, par. 3, appena effettuata, rende le due parti di cui esso si compone del tutto integrate tra loro, consentendo all'interprete di collegare ancor più strettamente il vincolo costituito dalla «evoluzione della situazione» con la parola «giustificazione». Ciò nel senso che, se l'*attuazione* (nel senso sopra definito) della direttiva, *in sé considerata*, «non costituisce una giustificazione per il regresso», mentre l'«evoluzione della situazione» consente di fissare discipline «diverse nel campo dell'orario di lavoro», pare conseguenziale ritenere che, al fine di *giustificare* il regresso, lo Stato membro debba, appunto, *dar conto* in qualche modo agli organismi comunitari (nonché a quelli interni chiamati ad applicare la normativa sul presupposto della sua conformità alla direttiva) della *sussistenza* di una evoluzione della situazione, ovvero sia che la situazione sulla cui base era stato emanato il regime di miglior favore preesistente alla direttiva si è evoluta in un senso che richiede una modificazione peggiorativa di esso. E questo non può che significare, stante l'assenza di qualsivoglia formale procedura prevista dal Trattato per questi casi, che sullo stesso Stato membro grava una sorta di *informale* 'obbligo di motivazione', ovvero di fornire in qualche modo - ad esempio nella presentazione del d.d.l. o magari all'interno dello stesso provvedimento legislativo (cosa non difficile, almeno in Italia, vista la sempre più frequente tendenza a far introdurre l'atto normativo con un articolo iniziale dichiarativo delle finalità con esso perseguite: cfr. art. 1, d.lgs. n. 66/2003 e art. 1, d.lgs. n. 276/2003) - una chiara esplicitazione delle ragioni economiche e sociali che inducono ad una simile modifica, sì da rendere evidente che si tratta, appunto, di una precisa scelta politica legata al mutamento dello *status quo*¹¹¹⁴. Un comportamento, questo, che, per quanto appena argomentato, potrà riguardare anche lo stesso intervento traspositivo iniziale, ove lo Stato membro intendesse con esso procedere - sulla base della sussistenza di una «evoluzione della situazione» - ad un peggioramento della disciplina di miglior favore preesistente alla direttiva¹¹¹⁵.

¹¹¹⁴ Anticipando un'obiezione che potrebbe essere sollevata circa l'assenza, tanto nel Trattato, quanto nelle direttive, di una precisa indicazione delle modalità attraverso cui dovrebbe essere esplicitata la motivazione di cui si parla in testo, si può osservare come, evidentemente, tale modalità non potrebbe che essere legata alla specificità del processo legislativo proprio di ogni Stato. E, d'altro canto, tale obiezione non sarebbe coerente con il fatto che la gran parte delle direttive, come sopra segnalato, prevedono che lo Stato debba comunicare alla Commissione ogni intervento normativo relativo al settore d'intervento della direttiva (senza alcuna precisazione in ordine alle modalità della comunicazione stessa); si consideri, ancora, che quasi tutte le direttive, nel prevedere che le discipline interne necessarie per conformare l'ordinamento interno a quello comunitario debbano essere corredate da un riferimento alla direttiva stessa, rimettono esplicitamente all'autonoma decisione degli Stati membri di stabilire le modalità attraverso cui tale riferimento deve essere operato. In conclusione, per quanto appena detto, parrebbe possibile superare la predetta obiezione, confidando nella possibilità che la Commissione raccolga le informazioni necessarie per la verifica del rispetto della clausola, in grado di semplificare le indubbie difficoltà che la Corte di giustizia incontrerebbe in un eventuale giudizio presso di essa sollevato (cfr. LECCESE, 2001, p. 210).

¹¹¹⁵ Alla luce di quanto sin qui osservato, possono essere esaminate le considerazioni di un autore (DONDI, 2004, par. 5), il quale, come anticipato, ha sostenuto che si sarebbe in presenza di un *pleonasm*, in ragione del fatto che la clausola farebbe riferimento al caso in cui «l'ordinamento di un singolo Stato membro [assicuri] condizioni eccedenti le misure minime di tutela istituite a livello comunitario [onde] non [vi sarebbe] alcuna necessità di recepimento di esse, già realizzate per eccesso», di modo che «un'iniziativa legislativa siffatta non potrebbe essere contrabbandata come recepimento della direttiva, essendo essa, in realtà, mera revisione (per altro legittima) dell'ordinamento interno (fermi i minimi garantiti dalla direttiva stessa)»: e questo sarebbe dunque ciò che la clausola suddetta intenderebbe segnalare. Una contraria opinione, che interpretasse la clausola di non regresso come ostativa ad un abbassamento dei livelli di protezione dell'ordinamento nazionale contestuale al recepimento di specifici minimi sanciti a livello comunitario per i quali fosse invece ancora necessario l'adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario, contrasterebbe direttamente con il Trattato, proponendo un inammissibile vincolo procedurale per il legislatore interno, obbligato a duplicare gli interventi (per separare quelli peggiorativi).

D'altra parte, sembra evidente che, al fine di verificare se il vincolo posto dalla clausola sia stato rispettato, la 'pietra di paragone' è costituita, proprio in virtù della *ratio* sin qui ricostruita, solo dallo *standard* protettivo vigente al momento dell'entrata in vigore della direttiva, sì che eventuali trattamenti 'migliorativi', che siano adottati dopo di essa, non sono dotati della stessa forza di resistenza, potendo essere peggiorati senza alcun bisogno di una apposita giustificazione. In altre parole, è proprio lo *standard* previgente, all'epoca liberamente attestato dallo Stato membro ad un determinato livello di protezione, ad essere comprensibilmente considerato come *plafond* minimo non superabile *in peius* (salvo, come si è detto, che non vi sia un'adeguata motivazione).

Orbene, quanto appena enunciato in relazione alla clausola di cui all'art. 18, par. 3, della direttiva n. 93/104, può essere esteso, a ben vedere, ad altre clausole di non regresso che si sono succedute nel tempo, riprendendo il dettato di questa disposizione del 1993 in modo pedissequo o, comunque, con talune variazioni lessicali che non alterano il significato delle clausole stesse dal punto di vista sostanziale¹¹¹⁶.

Così, ad esempio, l'aggiunta dell'aggettivo 'valida' alla parola 'giustificazione'¹¹¹⁷, nel contesto dell'espressione «non costituisce una giustificazione», non attribuisce a quest'ultima alcun significato più pregnante, ma solo aiuta meglio a specificarne il valore proprio nel senso sopra indicato. Né diverso significato può essere assegnato alle altre clausole in cui al posto di «non costituisce una valida giustificazione» (o «una giustificazione valida») si rinvencono espressioni come «non costituisce in nessun caso una ragione sufficiente per giustificare»¹¹¹⁸, ovvero «non costituisce in nessun caso motivo sufficiente per giustificare»¹¹¹⁹.

Parimenti, nessuna conseguenza differenziale può trarsi dall'utilizzo, al posto del verbo «fissare» (disposizioni diverse ...), di equivalenti quali «stabilire»¹¹²⁰, «introdurre»¹¹²¹. E finanche il ricorso al verbo «sviluppare»¹¹²² non altera certo il senso del precetto, dato che, quantunque indicativo di un dinamismo regolativo, esso non deve affatto far pensare solo agli eventuali provvedimenti futuri rispetto a quello traspositivo, potendo tranquillamente includere, ancora una volta, anche

In realtà questa lettura, da un canto, non è condivisibile per il fatto stesso di considerare *pleonastiche* previsioni che, con martellante cadenza, vengono ormai inserite in quasi tutte le direttive e nelle quali la Corte costituzionale italiana, come segnalato nel par. 8, ha rinvenuto uno specifico obbligo comunitario (si tratta, del resto, di previsioni che, come riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia, risultano pienamente congruenti con la più generale prospettiva di armonizzazione nel progresso ribadita con forza nel Trattato: v., *supra*, par. 7, spec. nt. 114). Dall'altro, e soprattutto, la lettura in questione trascura di rilevare come le clausole di non regresso facciano spesso indifferentemente riferimento tanto al momento della recezione quanto ad un momento successivo, così dando un chiaro segnale che il principio ha valore generale e non meramente relativo all'atto di trasposizione; ragionare solo in funzione di quest'ultimo è dunque fuorviante. Al di là di queste obiezioni, poi, il fatto che un intervento legislativo possa essere 'contrabbandato' come attuativo di direttiva anche se ha *solo* (o comunque *anche*) la finalità di far regredire il livello di tutela antecedente la direttiva medesima non è affatto così lontano dalla realtà: sia consentito sul punto ricordare quanto chi scrive ha rilevato in relazione al recente intervento italiano in materia di orario di lavoro (CARABELLI, LECCESE, 2004, p. 11 ss.).

¹¹¹⁶ V. art. 16, dir. n. 94/33; clausola 4, punto 2, dell'accordo europeo di cui alla dir. n. 96/34; art. 6, dir. n. 97/80; art. 6, par. 2, dir. n. 97/81; art. 2, par. 2, dir. n. 99/63; art. 2, par. 3, dir. 2000/34; art. 2, par. 2, dir. n. 2000/79; art. 23, dir. 2003/88, di 'codificazione' della n. 93/104.

¹¹¹⁷ Dirr. nn. 94/33, 96/34, 97/81, 2000/34.

¹¹¹⁸ Dir. n. 97/80.

¹¹¹⁹ Dirr. nn. 99/63; 2000/79.

¹¹²⁰ Dirr. nn. 96/34; 2000/79.

¹¹²¹ Dir. n. 97/80.

¹¹²² Dirr. nn. 94/33; 97/81; 99/63; 2000/34.

la normativa con cui si dà formale trasposizione di una direttiva, la quale, appunto, costituisce già 'sviluppo' della normativa interna preesistente.

Infine, ma non certo da ultimo, si noti che l'interpretazione sopra proposta è ben suffragata dall'aggiunta, in coda alle parole «disposizioni [...] diverse», della frase: «da quelle vigenti al momento dell'adozione della presente direttiva»; questa frase, rinvenibile in un paio di direttive più recenti¹¹²³, ha evidentemente la funzione di esplicitare quanto già implicito nelle predette parole, confermando quanto appena detto in relazione al fatto che solo lo *standard* protettivo preesistente all'adozione della direttiva è dotato di una particolare forza di resistenza.

Comunque – e questa argomentazione rafforza la nostra lettura circa l'uniformità di significati tra le clausole presenti nelle varie direttive – occorre ricordare che le normative comunitarie sono oggetto di pubblicazione ufficiale nelle diverse lingue dei Paesi membri, onde le differenze di cui si è appena rilevate sono assai spesso, ed anzi normalmente, dovute alla variabile soggettiva della traduzione¹¹²⁴: basta confrontare, ad esempio le medesime clausole nella versione inglese (o tedesca, spagnola, ecc.) per rendersi conto che non v'è una corrispondenza lessicale univoca tra i testi pubblicati nelle diverse lingue. Ad esempio, per fermarsi solo ad uno degli aspetti più critici appena affrontati, al termine italiano «fissare», di cui alla dir. n. 93/104, corrisponde l'espressione «*to develop*» nel testo inglese («*développer*» in quello francese, «*zu entwickeln*» in quello tedesco, «*adoptar*» in quello spagnolo); la stessa espressione inglese, poi, è talora resa in italiano con il termine «*stabilire*»¹¹²⁵; ma anche l'espressione inglese «*lay down*», contenuta in altre direttive, è resa in italiano in modo vario, cioè con il termine «*stabilire*»¹¹²⁶, oppure proprio con il termine «*sviluppare*»¹¹²⁷!

8.2. - Passando, quindi, ad esaminare le clausole di non regresso riconducibili al primo modello (quelle che, in generale, non prevedono esplicitamente la possibilità per gli Stati membri di introdurre discipline diverse in ragione dell'evoluzione della situazione, ma solo che l'attuazione di una direttiva non costituisce giustificazione per l'abbassamento delle tutele esistenti nella materia da questa disciplinate), alla luce dell'analisi appena condotta in relazione a quelle del secondo, balza immediatamente all'attenzione che esse si presentano assai meno differenziate tra di loro dal punto di vista della formulazione letterale, manifestando anzi una tendenziale uniformità. E ciò, se non altro, anche per effetto della loro maggiore concisione.

Altra considerazione che vale la pena di effettuare in via preliminare è che, se è vero che queste clausole hanno fatto apparizione per prime nel diritto comunitario¹¹²⁸, è pur vero che esse sono poi scomparse per qualche tempo, per lasciare spazio a clausole del secondo modello. Nel 1997,

¹¹²³ Dirr. nn. 2000/79 e 99/63.

¹¹²⁴ Una recente, interessante riflessione sui problemi posti dalla traduzione dei testi normativi comunitari nelle varie lingue dei Paesi membri, è in COSMAI, 2003.

¹¹²⁵ V. l'accordo europeo di cui alla dir. n. 96/34.

¹¹²⁶ Dir. n. 2000/79.

¹¹²⁷ Dir. n. 99/63.

¹¹²⁸ Si ricordi che erano riconducibili al primo modello le clausole contenute rispettivamente in tre *Considerando* introduttivi rispettivamente della Carta Comunitaria dei diritti sociali, della dir. n. 89/391 e della dir. n. 92/85, emanata in attuazione di quella, nonché nell'art. 1, par. 3, di quest'ultima direttiva.

poi, hanno rifatto la loro apparizione in un *Considerando* della direttiva 97/81 in materia di part-time e successivamente in altri *Considerando*¹¹²⁹, nonché direttamente nelle disposizioni contenute nel *corpus* di molte direttive sociali dell'ultimo periodo¹¹³⁰, al punto, anzi, da apparire prevalenti rispetto a quelle dell'altro modello, che, peraltro, talora continuano a fare capolino¹¹³¹.

Un'ulteriore osservazione che si può effettuare è che in alcune direttive si rinviene una clausola di non regresso del primo modello tanto in uno dei *Considerando* introduttivi quanto in una delle disposizioni, anche se nei *Considerando* il verbo viene coniugato al condizionale, di modo che le clausole si manifestano con le seguenti formulazioni: «l'attuazione della presente direttiva non dovrebbe servire da giustificazione per un regresso rispetto alla situazione preesistente in ciascuno Stato membro»¹¹³², ovvero «l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva non dovrebbe costituire una ragione sufficiente per giustificare una riduzione generale della protezione dei lavoratori nei settori da essa contemplati»¹¹³³. Si tratta peraltro di una differenza che, in verità, non risulta di particolare peso, dato che, se se si vanno a leggere le direttive nella versione inglese, si potrà scoprire che in esse, nella quasi totalità dei casi, è utilizzato il termine *should*, nelle clausole contenute nei *Considerando*, ed il termine *shall*, in quelle collocate all'interno del testo; il che fa emergere come si sia, evidentemente, in presenza di varianti dovute al traduttore italiano ...!

Una significativa peculiarità (come si dirà, utile ai fini interpretativi) è costituita, infine, dal fatto che in un paio di direttive si verifica una strana 'dissociazione', dato che, mentre in uno dei *Considerando* introduttivi si rinviene una clausola riconducibile al primo modello, in una disposizione della stessa direttiva, invece, si opta per una clausola riconducibile al secondo¹¹³⁴.

Ciò detto, si può affrontare il problema centrale posto dalla formulazione di tali clausole: la mancanza di uno specifico riconoscimento del diritto dello Stato membro di introdurre disposizioni diverse alla luce dell'evoluzione della situazione deve necessariamente significare, com'è stato puntualmente osservato in dottrina¹¹³⁵, che, in contrapposizione con le clausole del secondo modello, quelle del primo non permettono un regresso delle tutele fissate dalla legislazione nazionale?

In effetti, tale mancanza potrebbe indurre a ritenere che a carico dello Stato membro gravi un vero e proprio obbligo di *stand still*, o se si preferisce, di irreversibilità regolativa *in pejus*, che consentirebbe sempre e soltanto uno sviluppo delle tutele nazionali verso l'alto.

Orbene, ad avviso di chi scrive, vi sono molteplici ragioni che devono indurre ad una lettura diversa, e più precisamente a ritenere che, pure in assenza di una specifica previsione relativa al

¹¹²⁹ V. dirr. nn. 2000/43; 2000/78; 2000/79; 2002/14; 2002/44; 2003/10; 2004/40.

¹¹³⁰ Dirr. nn. 1999/70; 2000/43; 2000/78; 2002/14; 2002/15; 2002/73, nel modificare la dir. n. 76/207; 2002/74, nel modificare la dir. n. 80/987.

¹¹³¹ V. ancora, tra le più recenti, le dirr. nn. 2000/34; 2000/79; 2003/88.

¹¹³² *Considerando* n. 25 della dir. n. 2000/43.

¹¹³³ *Considerando* n. 31 della dir. n. 2002/14.

¹¹³⁴ Dirr. nn. 97/81 e 2000/79.

¹¹³⁵ V., con riferimento alla clausola 8, par. 3, dell'accordo europeo sul contratto a tempo determinato attuato con la dir. n. 1999/70, SPEZIALE, 2003, p. 457 ss.; LAZZARI, 2002, p. 447 s.; cfr. anche ROCCELLA, 2001, par. 2. Si sono pronunciati inoltre per la piena vincolatività di clausole del primo modello, ma senza alcuna riflessione comparativa con quelle del secondo modello, ANDREONI, 2002, p. 80 ss. e MOIZARD, 2003, p. 9.

diritto dello Stato membro di effettuare interventi di tipo regressivo, questi ultimi devono comunque essere considerati sempre possibili, esattamente nei limiti, o meglio, alle stesse condizioni enunciate nelle clausole di non regresso del secondo modello; di modo che le clausole del primo e del secondo modello si differenziano solo per la forma, ma non anche per la sostanza. E ciò, anzitutto, per una coerenza interna del sistema regolativo derivante dalle clausole stesse e per soddisfare i principi generali derivanti dal Trattato; ma anche, come si preciserà tra breve, per ottime ragioni di carattere esegetico.

Riguardo al primo profilo – presupposta comunque la sostanziale uniformità delle varie clausole di non regresso riconducibili al primo modello, nonostante le marginali differenze terminologiche di cui si dirà – si deve anzitutto rilevare che l'alternarsi nelle diverse direttive degli anni '80 e '90 e dell'ultimo periodo di clausole riconducibili ai due modelli, senza che ne sia rinvenibile una ragionevole spiegazione, induce a dubitare fortemente della reale volontà del legislatore comunitario di ricondurre effetti differenziati ad esse. Da questo punto di vista, anzi, il fatto che, come si è ricordato più sopra, vi siano addirittura direttive nelle quali sono state introdotte due clausole, l'una in un *Considerando* e l'altra in una disposizione, rispettivamente riconducibili ai due modelli sopra delineati, indurrebbe addirittura a mettere in dubbio l'effettiva consapevolezza del legislatore comunitario del fatto di utilizzare formule differenziate.

D'altro canto – e con questo ci si riferisce al profilo più generale della coerenza con i principi generali del Trattato – chi scrive ritiene assai dubbia la possibilità di considerare le clausole di non regresso idonee a fissare, nei confronti degli Stati membri, un vincolo 'assoluto' di immodificabilità regolativa *in pejus*, nel senso appena indicato, poiché ne deriverebbe una situazione di forte conflitto normativo interno all'ordinamento comunitario. Si tenga, infatti, presente che, interpretate in tal senso, le clausole in questione produrrebbero l'effetto di «*crystallizzare* le disparità di trattamento esistenti nelle normative nazionali», e, in tal modo, si porrebbero non solo in contraddizione con «l'obiettivo dell'armonizzazione perseguito» dal Trattato¹¹³⁶, ma, verosimilmente, anche in contrasto con il principio di libera concorrenza fondato dallo stesso Trattato (nella sua valenza ampia sopra delineata). Ed infatti, poiché il loro effetto consisterebbe, appunto, nell'imporre allo Stato membro il predetto vincolo, ciò significherebbe in realtà negargli in radice la facoltà di ridefinire nel tempo il regime regolativo relativo ad una determinata materia disciplinata da una direttiva anche in senso peggiorativo (anche se, naturalmente, rimanendo entro i limiti posti da quest'ultima). Ma questo vincolo evidentemente, danneggerebbe tutti gli operatori economici soggetti a questa disciplina nazionale (irreversibilmente) di miglior favore: essi, infatti, dovrebbero concorrere contro tutti gli altri operatori che, essendo assoggettati alla normativa meno protettiva (quantunque conforme alla disciplina sostanziale della stessa direttiva) degli altri Stati membri, godrebbero di un trattamento più vantaggioso. Né si dica che questa situazione potrebbe verificarsi anche in ragione e per effetto della *facoltà* prevista dall'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), del Trattato: è fin troppo evidente che, mentre in questo secondo caso il trattamento differenziale dipenderebbe da una scelta dello Stato membro, lasciata alla sua piena *discrezionalità*, nel primo esso deriverebbe da un obbligo che ad esso sarebbe *imposto*

¹¹³⁶ In tal senso ADINOLFI, 1994, p. 364. In senso adesivo DONDI, 2004, par. 6, il quale, peraltro, inserisce l'affermazione in un ragionamento tendente ad escludere qualsiasi efficacia alla clausola, anche sulla base dell'osservazione che, altrimenti, rimarrebbero in piedi pure previgenti norme interne di maggior favore incompatibili con il Trattato (par. 4 ss.). Ma in proposito si rinvia, oltre che a quanto detto alla precedente nt. 127, alle considerazioni che si svilupperanno più avanti in testo (in chiusura di par. 9) in merito alla rilevanza, in ogni caso, del giudizio di compatibilità.

proprio dalla direttiva comunitaria; obbligo che l'obiettivo del «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso», non pare idoneo e sufficiente a giustificare rispetto al principio della libera concorrenza.

Quest'ultimo, infatti, costituisce indubbiamente, sin dalle origini, un principio fondativo della Comunità europea, strutturalmente essenziale al suo stesso funzionamento, nei cui confronti si potrebbe *oggi* (dopo le modifiche al Trattato operate, dapprima, dal Trattato di Maastricht e, poi, da quelli di Amsterdam e di Nizza) al limite rivendicare la pari dignità di un generale ed egualmente essenziale principio di tutela del lavoro, derivabile dall'obiettivo di protezione sociale di cui agli artt. 2, 3, e 136 Trattato (v. *supra*). Ed invece, la prospettiva della «parificazione nel progresso» - in cui pure è rinvenibile, come si è detto in precedenza, il fondamento delle clausole di non regresso e di quelle di *favor* - è riconducibile (come largamente riconosciuto nel dibattito scientifico) ad una dimensione meramente programmatica dell'azione comunitaria, che non pare poter giustificare l'imposizione a carico degli Stati membri di un obbligo assoluto di conservazione degli eventuali trattamenti sociali di maggior tutela¹¹³⁷. In altre parole, premesso che la presenza di una normativa nazionale attestata ad un livello di protezione superiore rispetto a quanto stabilito dalla tutela comunitaria costituisce pur sempre espressione del principio comunitario di tutela del lavoro (anche se nei confronti di essa deve ritenersi sempre possibile un giudizio di compatibilità quale quello sopra prospettato¹¹³⁸), si deve peraltro ritenere che, alla luce della prospettiva meramente programmatica della parificazione nel progresso, è preclusa - per conflitto con il fondamentale principio di libertà di concorrenza - un'interpretazione della clausola di non regresso volta a sancire un vincolo assoluto di irreversibilità dei trattamenti nazionali di tutela (vincolo che, appunto, sarebbe destinato ad incidere in modo differenziato, a seconda del livello di tutela già assicurato nei singoli Stati membri).

Ciò detto, e passando agli aspetti più strettamente esegetici, va notato anzitutto che anche per le clausole del primo modello può valere quanto già osservato con riferimento all'altro modello e cioè che l'espressione «attuazione della presente direttiva» (tale espressione è presente nella quasi totalità di esse; nella versione italiana di due direttive, le nn. 1999/70 e 2002/14, invece della parola «attuazione» si rinviene la parola «applicazione», ma la versione inglese adotta sempre la parola «*implementation*», dal che si deduce, ancora una volta, che si è in presenza di una variante dovuta al traduttore; nella dir. n. 92/85, poi, la parola non compare affatto poiché si prevede che «la presente direttiva non può avere per effetto un abbassamento del livello di protezione [...]») va intesa come riferita non solo al momento della formale trasposizione della direttiva nell'ordinamento interno, ma anche alla fase successiva, poiché altrimenti pure in questo caso si aprirebbe la strada ad operazioni strumentali degli Stati membri che, di *fatto*, renderebbero vano il vincolo derivante dalla clausola e ne frustrerebbero ogni *ratio*; e si noti che, mancando nelle clausole ora esaminate finanche la condizione della sussistenza di una «evoluzione della situazione» - presente invece nelle clausole del secondo modello - tale regressione potrebbe avvenire senza nemmeno il bisogno di una formale giustificazione!

¹¹³⁷ Visto il problema da altro punto di vista, inoltre, si può sostenere che, proprio perché siamo in assenza di un vincolo di *stand still* derivante *direttamente* dalla normativa del Trattato, l'interpretazione in senso 'rigido' della clausola di non regresso comporterebbe una compressione della sovranità degli Stati membri che, in verità, sembra sbilanciata rispetto alla stessa prospettiva programmatica del tendenziale miglioramento delle tutele (cfr. già LECCESE, 2001, p. 209; CARABELLI, 2001b; SCARPONI, 2002, p. 366; TOSI, LUNARDON, 2005, p. 125).

¹¹³⁸ V. *supra* nt. 148.

In secondo luogo, si deve altresì osservare che, nelle clausole di cui si discute, all'espressione «attuazione della presente direttiva» sono *sempre* collegate espressioni quali «non può [...] costituire una ragione per giustificare un regresso», «non costituisce una ragione sufficiente a giustificare un regresso», «non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela» *et similia*, dalle quali indirettamente discende, ancora una volta, l'onere per lo Stato membro di fornire una giustificazione (ovviamente diversa, ancora una volta, da quella consistente nella mera attuazione della direttiva) dell'eventuale regresso di tutele. Più precisamente, interpretando le clausole di non regresso del primo modello alla luce della complessiva analisi sin qui svolta, si deve ritenere che poiché l'attuazione in sé della direttiva (da intendersi nel senso sopra indicato, e cioè come riferibile a qualsivoglia normativa interna, non solo di trasposizione di una direttiva, ma anche successiva), non costituisce una valida giustificazione per l'arretramento delle tutele, sono ammesse tuttavia altre ragioni valide, altri motivi giustificativi del regresso; ed essi, ragionevolmente, non potranno che coincidere con quella «evoluzione della situazione» che, come abbiamo visto, è ben esplicitata nelle clausole di non regresso del secondo modello.

Il discorso non muta se si osserva la clausola contenuta nella dir. n. 92/85 (appena ricordata), poiché anche dalla sua, pur peculiare, formulazione - dovuta probabilmente al fatto che essa rappresenta la prima clausola di non regresso ad essere stata inserita nell'articolato normativo di una direttiva (v. *supra*) - emerge comunque come l'abbassamento dei livelli di tutela non possa costituire un «effetto» della direttiva (cioè, della sua mera 'attuazione' nei diversi ordinamenti nazionali); il che vuol dire che un regresso non è escluso in assoluto, ma può (legittimamente) derivare da altre ragioni¹¹³⁹.

9. - Concludendo su questi aspetti, si può dunque sostenere, richiamando quanto affermato in precedenza, che, in presenza di una clausola di non regresso, a qualunque modello essa sia riconducibile, l'eventuale arretramento protettivo costituisce una deviazione rispetto alla conservazione dei trattamenti più vantaggiosi; arretramento che risulta sempre *possibile*¹¹⁴⁰, ma soltanto in via di mera *eccezione*: lo Stato membro dovrà attestare la sussistenza di una «evoluzione» di quella situazione che, prima dell'entrata in vigore della direttiva, lo aveva indotto alla fissazione di regole di miglior favore per i lavoratori, così fornendo adeguata giustificazione su di un piano politico-istituzionale. Si noti, d'altro canto, che si è in presenza di una questione che attiene anche alle sue generali responsabilità di *accomplishment* cooperativo alla normativa comunitaria.

Al riguardo, anche alla luce delle considerazioni sopra svolte, sia ancora consentito ribadire che il vincolo di non regressione, nei termini in cui è stato qui ricostruito, risulta perfettamente coerente con i principi generali del Trattato: a parte, ed oltre, il generale dovere di cooperazione - che accompagna sempre i comportamenti nazionali attuativi dei vincoli comunitari¹¹⁴¹, anche esso, al pari della *facoltà* prevista dall'art. 137, par. 5 (ora par. 4, secondo trattino), del Trattato, trova fondamento nella finalità di cui all'art. 136, co. 1° (miglioramento nel progresso).

Si potrebbe affermare, in proposito, che il legislatore comunitario intende sancire un obbligo degli Stati membri a rendere trasparenti le dinamiche regolative riguardanti materie che incidono

¹¹³⁹ Cfr. anche BORTONE, 1994, p. 381.

¹¹⁴⁰ Cfr. anche DELFINO, 2002, p. 501 ss.; ANGELINI, 2003, p. 81; FERRANTE, 2004, par. 6.

¹¹⁴¹ Cfr. GAROFALO L., 2004, p. 50 ss.

tanto sulla concorrenza che sul miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, assumendosi senza infingimenti la responsabilità politica delle proprie scelte di peggioramento della disciplina interna - in relazione agli interventi di regolazione del legislatore comunitario nelle materie di propria competenza - nei confronti della comunità internazionale (oltre che, evidentemente, nei confronti alla pubblica opinione interna), attraverso un'adeguata motivazione di carattere socio-economico¹¹⁴².

Tale giustificazione, è bene precisarlo, non potrebbe d'altronde che riguardare le autonome scelte di politica economica e sociale fatte proprie da ciascuno Stato, ma non v'è alcuna necessità che affondi la propria origine *formale* nel perseguimento di «un altro obiettivo contenuto nel Trattato»¹¹⁴³. A parte, comunque, l'astratta riconducibilità al Trattato della ormai quasi totalità delle politiche economico-sociali degli Stati membri della Comunità, specialmente quelle in materia occupazionale, ci sembra, a ben vedere, che la scelta di nobilitare l'operazione di regresso attraverso il suo ancoraggio a ragioni comunitarie non trova riscontro nel dato normativo, e possa spingere, in fin dei conti, a colorare con una verniciatura di europeismo¹¹⁴⁴ decisioni che sono - sia ben chiaro, *legittimamente* - affidate alle scelte di ciascun singolo Stato, nella ricerca costante dei propri equilibri interni, sulla base delle proprie politiche economiche e sociali¹¹⁴⁵. Da questo punto di vista, fatto salvo - e dunque rispettato - questo generale dovere di trasparenza nei confronti della Comunità, attraverso la formale indicazione delle ragioni economico-sociali del regresso, deve ritenersi che l'unico vincolo residuo nei confronti della Comunità stessa sia soltanto, come più volte sottolineato, il rispetto dei minimi di trattamento previsti dalla specifica direttiva.

Naturalmente, quanto appena detto non incide in alcun modo sul diverso problema dell'intrinseca 'compatibilità' della normativa nazionale su cui opera il vincolo di non regresso con le libertà economiche sancite dal Trattato. Ed infatti, il riconoscimento dell'efficacia giuridica della clausola di non regresso, quale qui ricostruita, non preclude certo la possibilità che nei confronti della normativa interna di miglior tutela sia richiesto l'esperimento del giudizio di compatibilità, da condursi secondo i criteri su cui ci si è soffermati *supra* (par. 3 ss.); di modo che la stessa clausola non potrebbe operare con riferimento alle discipline nazionali che, in ipotesi, non dovessero superare tale giudizio.

10. - Ulteriori problemi sollevati dalla clausola di non regresso sono quello dell'ambito entro cui essa deve ritenersi operante, nonché quello del 'metro' da adottare per la verifica della

¹¹⁴² Da questo punto di vista non si condivide affatto la posizione di chi sostiene che, poiché l'art. 137, par. 4, del Trattato CE (nella formulazione successiva alle modifiche introdotte con il Trattato di Nizza) «non richiede che sia argomentata la decisione di mantenere condizioni migliorative (o addirittura di aumentarle), non si ravvisa il motivo per cui si dovrebbe espressamente giustificare una modifica peggiorativa» (DONDI, 2004, par. 5); una posizione che, evidentemente, non tiene conto né dell'origine della norma in questione né della lettura che di essa va data alla luce dell'evoluzione della normativa del Trattato in materia sociale. Si è infatti già spiegata la differenza sussistente tra le due clausole, pur nella comune radice.

¹¹⁴³ Come ritenuto da DELFINO, 2002, p. 502 ss.

¹¹⁴⁴ Cfr., infatti, le specifiche argomentazioni di DELFINO, 2002, p. 506 ss., il quale, significativamente, giunge ad affermare che «spetterebbe, in ultima analisi, ai legislatori interni (e/o alle parti sociali) rintracciare le ragioni in grado di giustificare il regresso, nell'ambito dei 'macro-obiettivi' fissati dal Trattato».

¹¹⁴⁵ CARABELLI, 2002; PINTO, VOZA, 2002, p. 459.

sussistenza effettiva di tale regressione di tutele (da cui deriverebbe in capo allo Stato membro il vincolo di esplicitare l'*evoluzione della situazione* che ne avrebbe giustificato l'adozione).

10.1. - Partendo dal primo aspetto, e soffermandoci anche questa volta sulle direttive che contengono una clausola di non regresso nel loro articolato e non solo nei *Considerando* introduttivi, va anzitutto osservato come una parte di esse, pur all'interno di una struttura simile, presentino apparentemente una certa diversificazione lessicale. In particolare, in alcuni casi il principio di non regressione è configurato in modo da escludere la riduzione del livello generale di protezione dei lavoratori «nel settore contemplato» o «disciplinato» dalla direttiva o dall'accordo¹¹⁴⁶, ovvero nei «settori rientrati nel suo campo di applicazione»¹¹⁴⁷; in altri casi, invece, il regresso è escluso attraverso il richiamo del livello generale di protezione dei lavoratori «nell'ambito coperto» dall'accordo o dalla direttiva¹¹⁴⁸ o negli «ambiti da essa trattati»¹¹⁴⁹.

In realtà il diverso riferimento al *settore* o all'*ambito*, e finanche l'uso di queste parole al plurale, non devono trarre in inganno, poiché tali diversificazioni paiono essere solo il frutto di traduzioni spesso insensibili all'esigenza di una omogeneità linguistica. Basterà verificare, ad esempio, la versione inglese per rendersi conto che ancora una volta non v'è corrispondenza lessicale univoca tra i testi pubblicati nelle diverse lingue: nella gran parte delle direttive citate, infatti, si fa riferimento al «*field*» (campo) o, talora, «*fields*», termine poi completato da specificazioni quali «*of the agreement*», «*covered by this Directive*», o simili; solo qualche volta il principio di non regresso è invece riferito alla «*area covered by [the Directive]*»¹¹⁵⁰, oppure alle «*areas to which it applies*»¹¹⁵¹. Insomma, ci sembra evidente che dalle predette differenze lessicali non sia lecito far derivare alcuna conseguenza.

Chiarito questo problema terminologico, è quindi possibile passare al merito della questione, rilevando come il generale riferimento al 'settore' o 'ambito', ovvero - preferendo d'ora in poi ricorrere ad una parola più conforme a quella normalmente adottata nella versione inglese - al 'campo' coperto (oppure, a seconda dei casi, contemplato, trattato, disciplinato) dalle diverse direttive, e non meramente agli specifici profili di esso regolati dalla concreta disciplina dettata da queste ultime, consente di affermare che il vincolo posto dalle clausole di non regresso è stato di certo concepito dal legislatore comunitario in modo da valere non (solo) rispetto a detti profili, ma rispetto, appunto, all'*intero* campo su cui lo specifico intervento comunitario è destinato comunque ad incidere¹¹⁵².

Sulla base della clausola (qualunque sia la sua formulazione), insomma, il legislatore nazionale, così come non può, in sede di attuazione della direttiva (e salvo non produca adeguata giustificazione), attestarsi su tutele che, per quanto conformi alla normativa fissata da quest'ultima, siano meno favorevoli rispetto alla previgente disciplina interna, al contempo neppure può sfruttare

¹¹⁴⁶ Dirr. nn. 96/34; 2002/14; 80/987, come modificata dalla dir. n. 2002/74.

¹¹⁴⁷ Dir. n. 97/80.

¹¹⁴⁸ Dirr. nn. 97/81; 99/63; cfr. anche la dir. n. 99/70.

¹¹⁴⁹ Dir. n. 2000/79.

¹¹⁵⁰ Dir. n. 80/987, come modificata dalla dir. n. 2002/74.

¹¹⁵¹ Dir. n. 2002/14; dir. n. 97/80.

¹¹⁵² Cfr. già CARABELLI, 2001b; ZAPPALÀ, 2001, p. 647; DELFINO, 2002, p. 488 ss.; DE ANGELIS, 2002, c. 40; LAZZARI, 2002, p. 443 s.; SPEZIALE, 2003, p. 456 s. *Contra*, sia pure con specifico riferimento alla dir. n. 1999/70, FRANZA, 2002, p. 17; TIRABOSCHI, 2002, 69; SANTORO PASSARELLI G., 2002, p. 184 s.; VALLEBONA, 2002, p. 30; cfr. anche PROIA, 2002, p. 419 s.

l'occasione di quell'attuazione per eliminare (o ridurre) tutele interne previgenti riferite ad altri profili regolativi che rientrano nel campo di riferimento della direttiva, ma che non sono stati direttamente toccati dalla disciplina di quest'ultima (fatta sempre salva un'adeguata giustificazione). Ciò, d'altronde, risulta coerente con la *ratio* della clausola di non regresso, poiché è evidente che la selezione operata dal legislatore comunitario, nel disciplinare solo alcuni profili riconducibili al campo di volta in volta coperto dalla specifica direttiva, può essere ritenuta indicativa solo della preferenza che, ai fini protettivi, esso ha ritenuto di riservare a tali profili (ovvero indicativa della difficoltà di raggiungere le complesse mediazioni che, come noto, conducono all'emanazione di una direttiva), senza che da quella preferenza possa dedursi che altri profili, eventualmente già oggetto di una disciplina nazionale di tutela, risultino esclusi dalla sfera di operatività della predetta clausola.

Né a conclusioni diverse da quelle esposte si arriva esaminando alcune (ulteriori) direttive sociali nelle quali si rinvencono talune varianti rispetto alle formule *standard* appena esaminate.

Ci si riferisce, anzitutto, alle dirr. n. 92/85 (miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento) e n. 94/33 (protezione dei giovani sul lavoro), nelle cui clausole di non regresso si fa diretto riferimento, rispettivamente, al livello di protezione «delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento» e al livello generale di protezione «dei giovani» (dove, il ricorso alle parole 'gestanti, puerpere o in periodo di allattamento' e alla parola 'giovani' sia nel titolo delle direttive, sia nelle clausole costituisce, a ben vedere, una rappresentazione ancora più evidente della lettura qui sostenuta).

Ma si pensi, inoltre, alla dir. n. 93/104, nella cui clausola di non regresso¹¹⁵³ - riconducibile al secondo dei modelli sopra delineati - si rinviene, affiancata alla (solita) affermazione secondo cui l'attuazione della direttiva «non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori», quella secondo cui è comunque fatto salvo il diritto degli Stati membri di introdurre, alla luce dell'evoluzione della situazione, 'disposizioni diverse' nel «*campo dell'orario di lavoro*»¹¹⁵⁴. Ebbene, siffatta esplicitazione del campo di riferimento non va certo intesa in senso restrittivo, posto che questa volta è proprio la disciplina positiva della stessa direttiva a segnalarci come il legislatore comunitario abbia inteso comunque riferirsi a tutti gli istituti del *tempo di lavoro*¹¹⁵⁵: ancora una volta, del resto, soccorre in tal senso la versione inglese della direttiva, la quale, senza alcuna incertezza, parla di «*field of working time*», confermando in pieno le argomentazioni fin qui sviluppate. Il risultato finale, insomma, è che nella dir. n. 93/104 - la cui clausola di non regresso, non lo si dimentichi, è stata la prima del secondo modello e, comunque, la seconda in assoluto (dopo quella di cui alla dir. n. 92/85, rientrante nel primo modello) ad essere introdotta nel *corpus* di una direttiva - l'espressione «dell'orario di lavoro» ha solo la funzione di specificare il contenuto della parola «campo».

Quanto si è appena escluso per la clausola di non regresso della dir. n. 93/104 parrebbe invece dover valere per le clausole di alcune recenti direttive, tutte significativamente in tema di parità di trattamento, nella quali è invece prevista una chiara delimitazione della disciplina rispetto alla

¹¹⁵³ Art. 18, par. 3, poi riprodotto pedissequamente dall'art. 23 della direttiva di 'codificazione' n. 2003/88.

¹¹⁵⁴ Una clausola molto simile è poi presente nell'art. 2, dir. n. 2000/34, che ha modificato la n. 93/104, il quale si riferisce però al ... «*settore dell'orario di lavoro*», ma è appena il caso di notare come la versione inglese parli pur sempre di *field*.

¹¹⁵⁵ Cfr. CARABELLI, LECCESE, 2004, p. 15.

quale si impone il vincolo del non regresso; ciò avviene, infatti, attraverso l'aggiunta dell'espressione «contro la discriminazione» in coda all'espressione «riduzione del livello di protezione», in funzione, appunto, di *delimitazione* di quest'ultima (mentre, come si è appena visto, nella dir. n. 104, l'espressione «dell'orario di lavoro» ha la mera funzione di *specificare* la parola «campo»). È il caso, ad esempio, della clausola contenuta sia nella dir. n. 2000/43 (che attua il principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) (art. 6), sia nella dir. n. 2000/78 (che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) (art. 8, par. 2), alla cui stregua l'attuazione della direttiva non può costituire motivo «di riduzione del livello di protezione contro la discriminazione già predisposto dagli Stati membri nei settori di applicazione» (ancora una volta «*fields covered*», nella versione inglese) della direttiva stessa. Un'identica previsione è stata poi introdotta, da parte della dir. n. 2002/73, nel corpo della dir. n. 76/207 (art. 8 *sexies*, par. 2), relativa alla parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali, e le condizioni di lavoro. Orbene, ad avviso di chi scrive, la formulazione della clausola, questa volta, sembra effettivamente indicare l'intenzione del legislatore comunitario di limitarne l'efficacia ai soli istituti correlati alla discriminazione; di modo che si può asserire che le clausole di non regresso di queste ultime direttive fanno eccezione rispetto alla totalità delle altre, vincolando gli Stati membri, nell'ambito dei generali campi della parità di trattamento (con riguardo alla razza, all'etnia, al sesso, ecc.), ad evitare una regressione delle tutele (sempre nei termini più sopra enunciati) solo con riferimento alla discriminazione (di modo che, ad es., nei confronti di eventuali normative interne promozionali in tema di opportunità occupazionali o professionali tali clausole non opererebbero).

Un'ipotesi del tutto peculiare è infine rappresentata dalla dir. n. 2002/15 (organizzazione dell'orario di lavoro per coloro che effettuano operazioni mobili di autotrasporto), nella quale compare una clausola (art. 10, secondo periodo) in cui non v'è alcun rinvio al campo oggetto di intervento protettivo (o anche solo a parte di esso) ed il principio di non regresso è di fatto riferito direttamente alla tipologia dei lavoratori tutelati. Infatti, l'attuazione della direttiva non giustifica «il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori di cui all'art. 2, par. 1» (cioè i lavoratori mobili alle dipendenze di imprese stabilite in uno Stato membro che partecipano ad attività di autotrasporto contemplate dal reg. CEE n. 3820/85 o, in difetto, dall'accordo europeo relativo alle prestazioni lavorative degli equipaggi di veicoli addetti ai trasporti internazionali su strada). Sennonché, in questo caso è evidente che la clausola non possa riguardare *tutte* le tutele in astratto applicabili a questi lavoratori (!), ma solo quelle connesse allo scopo della direttiva che - come precisato anche nel suo art. 1 (oltre che nei *Considerando*) - è quello di stabilire prescrizioni minime «in materia di organizzazione dell'orario di lavoro» di quei lavoratori (al fine, da un lato, di migliorare sia la tutela della loro salute e sicurezza, sia la sicurezza stradale; dall'altro, di ravvicinare maggiormente le condizioni di concorrenza).

10.2. - Passando ad esaminare la seconda questione menzionata in apertura del paragrafo 10, relativa al tipo di indagine da adottare al fine di ritenere configurato un regresso, il problema che si pone è se, per valutare la sussistenza o meno di una regressione di tutele nella normativa emanata dal legislatore interno, si debba effettuare un confronto puntuale tra le singole disposizioni della nuova e della vecchia normativa, ovvero se l'intervento regolativo dello Stato nella materia in questione debba essere confrontato con la preesistente disciplina in termini complessivi, globali.

Il problema ricorda, a ben vedere, quello del conflitto tra la regolazione del contratto collettivo e quella del contratto individuale¹¹⁵⁶; problema rispetto al quale, come si ricorderà, si sono per lungo tempo confrontate le tesi del cumulo e, cioè, della sommatoria dei singoli trattamenti di miglior favore per il lavoratore (la quale evidentemente propende per una valutazione di tipo puntuale) e quella del conglobamento, secondo cui si dovrebbe applicare il trattamento che nel complesso risultasse più favorevole (tesi che propende, invece, per una valutazione di tipo globale).

Ad avviso di chi scrive non deve trarre in inganno la formulazione generica delle disposizioni comunitarie, nel senso che il riferimento al «livello generale di protezione» o «di tutela», presente nella maggior parte delle clausole, non può indurre all'automatica adozione della seconda soluzione¹¹⁵⁷. A questa lettura, dalla quale emerge un'eccessiva sopravvalutazione del mero dato letterale, può essere opposta l'obiezione, a nostro avviso insuperabile, dell'impossibilità di confrontare regolazioni attinenti ad istituti radicalmente differenti della stessa materia, che pure possono trovare disciplina nelle singole direttive. Si pensi, per restare ancora all'esempio paradigmatico della dir. n. 93/104, alle varie discipline dedicate ad istituti quali l'orario di lavoro diurno e notturno, le pause, i riposi giornalieri, i riposi settimanali e le ferie: ove si optasse per la soluzione qui contestata, si sarebbe costretti ad operare una comparazione paradossale in quanto fatta «ponendo nel calderone cose e situazioni diversissime»¹¹⁵⁸, quantunque tutte attinenti in linea generale alla disciplina del *tempo di lavoro*.

Per contro, sempre secondo nostra opinione, si deve, nello stesso tempo, riconoscere che le predette espressioni ('livello generale di protezione' o 'di tutela') sembrano chiaramente escludere, questa volta proprio per il loro chiaro tenore letterale, una comparazione 'pignola' ed analitica tra le tante specifiche norme che disciplinano i vari, singoli aspetti di quegli istituti, la quale farebbe perdere di vista, appunto, la necessità di muoversi nella prospettiva di una protezione di carattere *generale*.

Ecco perché la soluzione da accogliere, compatibile con il dettato normativo (ma altresì dettata dalla logica e, perché no, dal buon senso), sembra debba essere, in un certo senso, analoga a quella avanzata da una parte della dottrina e giurisprudenza rispetto al menzionato problema del rapporto tra contratto collettivo ed individuale: la comparazione dei trattamenti regolativi va fatta *istituto per istituto*, dato che soltanto rispetto a ciascuno di essi è possibile misurare l'eventuale arretramento di tutele. E poiché deve aversi riguardo, appunto, al «livello generale di protezione», il confronto non potrà essere effettuato con riferimento a ogni singolo aspetto, anche minore o secondario, della regolamentazione di quell'istituto, ma dovrà implicare una valutazione complessiva della vecchia e nuova disciplina di esso, mirando a verificare che non vi sia arretramento in relazione all'*essenza* della tutela: il confronto, in altre parole, dovrà essere effettuato

¹¹⁵⁶ Su cui v., per tutti, GIUGNI, 2001, p. 138 s.; GHEZZI, ROMAGNOLI, 2001, p. 154 s.; PERA, PAPALEONI, 2003, p. 166 s.

¹¹⁵⁷ Per la soluzione del conglobamento optano invece DELFINO 2002, p. 507 ss. e TOSI, LUNARDON, 2005, p. 124; cfr. anche DONDI, 2004, par. 2. Con specifico riferimento alla dir. n. 1999/70, si è ritenuto che il confronto non vada effettuato «con riguardo a singoli aspetti di disciplina», ma osservando la «disciplina complessiva del contratto a termine» (DE ANGELIS, 2002, c. 40; cfr. anche VALLEBONA, 2002, p. 29 s.); per una diversa soluzione, cfr. DE LUCA, 2002, c. 95 ss. e CENTOFANTI, 2001, spec. p. 925 s.

¹¹⁵⁸ L'efficace espressione è in PERA, PAPALEONI, 2003, p. 167.

con riguardo a quelle parti della disciplina dell'istituto che hanno valore essenziale e caratterizzante¹¹⁵⁹.

11. Una volta ricostruiti - nei termini sin qui esposti - il significato e il valore giuridico della clausola di non regresso, va dedicato qualche cenno alle conseguenze dell'eventuale violazione della clausola da parte di uno Stato membro.

Al riguardo va anzitutto sottolineato come, in una simile evenienza, sia ben possibile l'apertura della procedura d'infrazione prevista per l'ipotesi in cui uno Stato membro abbia mancato ad uno degli obblighi su di esso incombenti in virtù del Trattato (v. artt. 226 ss.)¹¹⁶⁰. Ma, al di là di questo, il profilo più delicato attiene ad eventuali ulteriori effetti che potrebbero derivare, sul piano del diritto interno, ove sia riscontrata quella violazione.

Preliminarmente è bene segnalare che chi scrive parte dal presupposto, su cui ci è soffermati in precedenza, della giuridica vincolatività della clausola di non regresso. Si consideri, peraltro, che le argomentazioni che seguono non sarebbero diverse nel caso di rimessione da parte del giudice nazionale alla Corte di una questione interpretativa in via pregiudiziale – ai sensi dell'art. 234 del Trattato – su questo essenziale aspetto della clausola, cui facesse seguito una pronuncia della Corte in tal senso¹¹⁶¹.

Ciò detto, può notarsi che la soluzione del quesito relativo alle conseguenze interne derivanti dalla violazione della clausola non può prescindere dal riferimento all'armamentario concettuale elaborato, nel corso di un'articolata (oltre che non sempre coerente) evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia, in merito agli effetti che, nei singoli ordinamenti, possono essere riconosciuti alle disposizioni contenute nelle direttive.

Com'è noto, la Corte sembra ormai assestata nel ritenere che tali disposizioni possono essere fatte valere dinanzi ad un giudice nazionale ove risultino, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente chiare e precise (*self executing*), cioè non lascino margini di discrezionalità agli Stati membri chiamati ad attuarle, ponendo un diritto determinato sia nell'*an* che nel *quantum*. Queste ultime condizioni costituiscono il presupposto per il realizzarsi di un 'effetto diretto' delle medesime disposizioni, sì che un singolo può farle valere dinanzi al giudice interno nei confronti dello Stato membro che, pur obbligato a recepirle, non vi abbia provveduto o vi abbia provveduto in modo non corretto (riconoscimento del c.d. effetto *verticale*). La presenza di siffatte condizioni, peraltro, non basta a rendere operanti le disposizioni delle direttive nei rapporti tra privati, poiché esse non possono in ogni caso creare obblighi (anche) a carico dei singoli

¹¹⁵⁹ CARABELLI, 2001b; in senso parzialmente adesivo, ZAPPALÀ, 2003, p. 104 s. L'interpretazione qui proposta, evidentemente, esclude alla radice che nell'ipotesico 'calderone' di cui si è detto in testo, possano addirittura essere calati, come contropartita di specifici peggioramenti sul piano delle tutele nel *rapporto* di lavoro, eventuali (talora solo ipotetici) benefici che sarebbero riconosciuti ai singoli nel *mercato* del lavoro (in senso analogo cfr. DE LUCA, 2002, c. 105 e nt. 44).

¹¹⁶⁰ Sulle possibili soluzioni dei problemi inerenti alle difficoltà che la Corte di giustizia potrebbe incontrare nel formulare il proprio giudizio, v., *supra*, nt. 126.

¹¹⁶¹ Cfr. MOZARD, 2003, p. 9. A quel che consta, al momento risulta essere stata sottoposta alla Corte, da un giudice tedesco, una questione pregiudiziale relativa all'effetto sull'ordinamento interno della clausola contenuta nell'accordo europeo sul contratto a tempo determinato, di cui alla dir. n. 99/70 (Causa C-144/04, *Mangold c. Helm*, in *GUUE*, 29.5.2004, C 146/01).

e, pertanto, non possono essere fatte valere, in quanto tali, nell'ambito di una controversia tra privati (esclusione del c.d. effetto *orizzontale*). Ciò nondimeno, come ancora chiarito dal Giudice comunitario, sia l'obbligo di conseguire i risultati voluti da una direttiva, sia il dovere di adottare tutte le misure di carattere generale e particolare idonee ad assicurare l'adempimento degli obblighi derivanti dal Trattato (cfr. art. 10), gravano su tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi quelli giurisdizionali: il giudice nazionale, quindi, qualora sia chiamato a decidere una controversia tra privati, deve comunque compiere ogni sforzo per interpretare il diritto nazionale, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva, al fine di conseguire il risultato da essa perseguito (cfr. art. 249, co. 3, del Trattato) (che si potrebbe definire effetto *pseudo-orizzontale*)¹¹⁶².

Ebbene, non può sfuggire - rispetto alle 'tradizionali' disposizioni di direttiva su cui è stata costruita la giurisprudenza comunitaria qui rapidamente sunteggiata - l'anomalia costituita dalla clausola di non regresso. Essa, infatti, non pone direttamente una disciplina positiva *self executing* dell'istituto, e ciò apparentemente sembrerebbe escludere, alla radice, il verificarsi di un 'effetto diretto', secondo la prospettiva adottata dalla Corte di giustizia

Senonché, tale conclusione può in parte essere corretta se si osservano, da un lato, il presupposto stesso da cui la clausola muove, e cioè l'esistenza (eventuale) di una disciplina interna previgente rispetto all'adozione della direttiva; e, dall'altro, il modo in cui essa opera sull'ordinamento interno, nel senso che l'obbligo di non regresso si configura come obbligo di conservare una normativa interna che (evidentemente) contiene tutele e diritti, per così dire, chiari, precisi e incondizionati.

Ove si consideri tutto ciò si potrebbe dire, in primo luogo, che la clausola agisce nei singoli ordinamenti a mo' di *specchio riflettente*, restituendo ad essi le norme interne vigenti all'epoca dell'adozione dell'atto comunitario, in qualità di disposizioni dotate di una efficacia vincolante, onde lo Stato membro non potrà modificarle in senso peggiorativo; più precisamente, tali norme acquisiscono una peculiare resistenza al mutamento, non assoluta, ma relativa, nel senso più volte precisato (lo Stato membro è cioè vincolato alla giustificazione del mutamento regressivo).

In secondo luogo, questa caratteristica propria della clausola in questione comporta un'ulteriore conseguenza di rilievo, a ben vedere diversa ma in qualche misura affine a (o comparabile con) quella che si produce nel caso di disposizioni comunitarie *self executing*. Ed infatti, pur se le norme interne *non* subiscono alcuna 'mutazione genetica' per effetto della clausola predetta (non trasformandosi certo in norme comunitarie!), deve tuttavia ritenersi che la combinazione del descritto *effetto specchio* della clausola di non regresso con la specifica natura delle (previgenti) norme interne *riflesse* (che, come detto, quantificano un diritto in modo preciso e incondizionato) fa sì che quelle norme divengano invocabili dai privati nelle controversie nei confronti dello Stato membro, allorquando quest'ultimo abbia introdotto una disciplina regressiva in termini di tutele, violando la clausola (in quanto non abbia addotto alcuna giustificazione).

A questo riguardo, va precisato che l'efficacia rafforzata delle norme interne deriva *pur sempre* da una disposizione contenuta in una direttiva, onde è da ritenere che, al pari di quanto avviene - secondo l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia - per le norme di direttiva *self*

¹¹⁶² V., da ultimo, Corte giust. com. eur. 5 ottobre 2004 (cause riunite da C-397/01 a C-403-01). Sugli orientamenti della Corte in materia, v. da ultimo, anche per rife. alla dottrina, ROCCELLA, 2004, parr. 1 e 1.1.

executing, anche l'obbligo imposto dalla clausola di non regresso è destinato ad operare, nei termini predetti, *esclusivamente* nei confronti dello Stato. Ove invece si tratti di una controversia tra privati, al giudice nazionale non si potrà richiedere altro sforzo se non quello di procedere, beninteso ove ciò sia praticabile alla luce del concreto contenuto regolativo del nuovo dato normativo (ad esempio, incertezza sull'abrogazione o meno di una precedente norma di tutela), ad una sua interpretazione in modo il più possibile conforme alla salvaguardia della disciplina previgente (in ottemperanza, appunto, al principio di non regresso)¹¹⁶³.

Da queste osservazioni deriva altresì - con specifico riferimento al nostro ordinamento - che, quantomeno nei casi in cui una simile interpretazione 'conformatrice' non sia possibile, il singolo giudice potrà sollevare una questione di costituzionalità per violazione dell'art. 11 Cost.¹¹⁶⁴. Come la Corte costituzionale ha già avuto modo di ritenere, infatti, il regresso delle tutele (se non appositamente giustificato, per quanto sin qui argomentato da chi scrive), facendo «sorgere la responsabilità dello Stato italiano per inadempimento di uno specifico obbligo comunitario», si pone in contrasto - oltre che con il relativo ordinamento - anche con la nostra Costituzione¹¹⁶⁵.

D'altra parte, va segnalato, quale ultima annotazione sempre riferita al nostro ordinamento e, in particolare, al meccanismo di recezione delle direttive previsto in Italia dalla L. n. 86 del 1989 (cd. Legge La Pergola), che uno specifico profilo di incostituzionalità, questa volta per contrasto con l'art. 76 Cost., può essere ipotizzato qualora un decreto legislativo attuativo di legge delega contenga un regresso nelle tutele previgenti in assenza di specifici criteri direttivi, dai quali emerga in modo specifico l'intento del Parlamento di addivenire, in occasione del recepimento della direttiva, ad un siffatto regresso; e sul punto chi scrive ha già espresso la propria opinione in questo senso in altra sede¹¹⁶⁶.

¹¹⁶³ Non pare condivisibile, a questo riguardo, la diversa soluzione proposta, con specifico riferimento alla clausola contenuta nella dir. n. 93/104 (orario di lavoro), da FERRANTE, 2004, par. 8, il quale ritiene che, ove risulti violata la clausola, il giudice nazionale possa comunque procedere, anche ove si tratti di una controversia tra privati, ad una «disapplicazione parziale» della nuova disciplina interna, nella parte in cui risulti peggiorativa rispetto a quella previgente. La conclusione viene argomentata sulla base del presupposto che il limite relativo all'efficacia *orizzontale* delle direttive può considerarsi «superato in virtù del fatto che, in questo caso, la tutela dell'orario di lavoro *trova radice* [...] in una norma comunitaria primaria, quale quella di cui all'art. 136 TCE, che riconosce un diritto alla *parificazione nel progresso* dei diritti sociali in capo ai soggetti privati dei singoli ordinamenti nazionali». Ebbene, a parte ogni osservazione sulla natura meramente programmatica dell'art. 136 per questo aspetto (*supra*, par. 3), un punto critico di questa ricostruzione, risiede in quello che, a nostro avviso, costituisce il suo inevitabile presupposto: cioè il ritenere che una previsione del Trattato (art. 136) non costituisca meramente il *fondamento giuridico* anche delle clausole di non regresso, come di altre disposizione contenute nelle diverse direttive (clausole che, ove specificamente dettate nel singolo atto di diritto derivato, acquisiscono l'efficacia giuridica sin qui illustrata), ma contenga *direttamente* essa stessa un vincolo generale di non regresso, valevole per qualsiasi intervento comunitario in materia di politica sociale (e ciò, evidentemente, indipendentemente dalla 'riproposizione' del principio nella singola direttiva). Ma si tratta di un presupposto che, per quanto qui argomentato, non si può condividere: v. *supra*, spec. par. 7.

¹¹⁶⁴ E probabilmente, come ipotizzato da GAROFALO L. (2004, p. 51 s. e p. 54), dell'art. 117, nuovo testo. Sulla questione dell'utilizzabilità delle norme comunitarie quali parametro nel giudizio di legittimità costituzionale, v. da ultimo, anche per i necessari rinvii dottrinari e alla giurisprudenza della Corte costituzionale, CELOTTO, 2003, p. 220 ss.

¹¹⁶⁵ Cfr. Corte cost. n. 45/2000, cit., la quale, benché volta ad escludere, anche sulla base di tali argomenti, l'ammissibilità di un *referendum* volto all'abrogazione della previgente disciplina del *part-time* (spec. p. 752), contiene certamente un principio utilizzabile anche qualora la Corte sia chiamata a valutare la legittimità di una norma successiva alla direttiva che modifichi in senso peggiorativo previgenti tutele o le sopprima del tutto.

¹¹⁶⁶ LECCESE, 2001, p. 212 s. e p. 427; CARABELLI, LECCESE, 2002, par. 3.3; CARABELLI, LECCESE, 2004, p. 17 e p. 39 s.; cfr. altresì ROCCELLA, 2001; CENTOFANTI, 2001, p. 918; ANDREONI, 2002, p. 81 ss.; SPEZIALE, 2003, p. 463 s.; OCCHINO, 2004, p. 202 s.; FERRANTE, 2004, par. 6. Una questione di illegittimità costituzionale di alcune norme del d.lgs. n. 368/2001 per violazione dell'art. 76 Cost., posta anche con riferimento alla clausola di non regresso contenuta nella clausola 8, par. 3, dell'accordo europeo sul contratto a tempo determinato (attuato con la dir. n. 1999/70), è stata sollevata da Trib. Rossano, ord. 17 maggio 2004, in GU, 1ª serie spec., n. 45 del 17.11.2004, p. 116 ss.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV., 2003, *Chi ha paura del soft law*, in *Lav. dir.*, p. 3 ss.
- ADINOLFI A., 1994, *Parere su Tutela della salute e lavoratrici madri dopo la direttiva 92/85*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 361 ss.
- ANDREONI A., 2002, *Precarizzazione del lavoro e tutele nel mercato (dal decreto legislativo n. 368/2001 al disegno di legge delega n. 848/2001)*, in GHEZZI G., NACCARI G., TORRICE A., *Il Libro bianco e la Carta di Nizza. Il futuro dei diritti sociali in Italia e in Europa*, Ediesse, Roma, p. 55 ss.
- ANGELINI L., 2003, *La riforma del contratto di lavoro a tempo determinato. Temporaneità delle esigenze aziendali e ruolo del sindacato*, in *Riv. giur. lav.*, I, p. 77 ss.
- APARICIO TOVAR J., 1996, *Sicurezza sul lavoro*, in BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S. (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, p. 567 ss.
- ARRIGO G., 1998, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo I (*Principi - Fonti - Libera circolazione e sicurezza sociale dei lavoratori*), Giuffrè, Milano.
- BALANDI G.G., 1998, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *I contratti di lavoro internazionali, Quaderni dir. lav. rel. ind.*, n. 20, Utet, Torino, p. 112 ss.
- BALLARINO T., 2001, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova.
- BARBERA M., 2000, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia.
- BARNARD C., 2000, *EC Employment Law*, Oxford University Press, Oxford.
- BARNARD C., DEAKIN S., 2000, *In search of coherence: social policy, the single market and fundamental rights*, in *Industrial Law Journal*, p. 331 ss.
- BORTONE R., 1994, *Parere su Tutela della salute e lavoratrici madri dopo la direttiva 92/85*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 361 ss.
- CARABELLI U., 2001a, *I Licenziamenti per riduzione del personale in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione del personale in Europa*, Collana di diritto comparato e comunitario del lavoro, Cacucci, Bari, p. 111 ss.
- CARABELLI U., 2001b, *Intervento programmato* al Seminario del Cesri-Luiss, su *La riforma del lavoro a termine*, Roma, 22 ottobre 2001, in www.unicz.it/lavoro
- CARABELLI U., 2002, *Intervento a «Il Libro Bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento»*, I Seminario di studi "Massimo D'Antona", Firenze, 18 gennaio 2002, in www.dirittodellavoro.it/public/current/ejournal/, p. 39 ss.
- CARABELLI U., LECCESE V., 2002, *Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia* (Rapporto sull'Italia presentato al Séminaire de recherche européen: *Leçons d'une réduction de la durée du travail*, Bordeaux, 5-6 dicembre 2002), in www.unicz.it/lavoro

- CARABELLI U., LECCESE V., 2004, *Il d.lgs. n. 66/2003, di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, p. 3 ss.
- CARTABIA M., 1995, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano.
- CELOTTO A., 2003, *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano*, Utet, Torino.
- CENTOFANTI S., 2001, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *Lav. dir.*, p. 914 ss.
- COSMAI D., 2003, *Tradurre per l'Unione Europea*, Hoepli, Milano.
- CRAIG P., DE BURCA G., 2003, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, University Press, Oxford.
- DAVIES P., 1995, *Market Integration and Social Policy in the Court of Justice*, in *Industrial Law Journal*, p. 49 ss.
- DAVIES P., 2002, *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, p. 298 ss.
- DEAKIN S., 1996, *Labour Law as Market Regulation: Economic Foundation of European Social Policy*, in DAVIES P., LYON-CAEN A., SCIARRA S., SIMITIS S. (a cura di), *European Community Labour Law: principles and perspectives, Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton*, Clarendon Press, Oxford, p. 63 ss.
- DE ANGELIS L., 2002, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro it.*, V, c. 36 ss.
- DELFINO M., 2002, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 487 ss.
- DELFINO M., 2003, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e soft law*, in *Dir. lav. merc.*, p. 652 ss.
- DE LUCA M., 2002, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, in *Foro it.*, V, c. 93 ss.
- DE LUCA TAMAJO R., 2002, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in ID. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Ed. scient. it., Napoli, p. 9 ss.
- DONDI G., 2004, *Clausole di non regresso nelle direttive comunitarie in tema di protezione sociale: quali condizionamenti per l'ordinamento giuslavoristico nazionale?*, di prossima pubblicazione negli *Studi in onore di Mattia Persiani* (i riferimenti si intendono operati al dattiloscritto).
- ESPOSITO M., 2002, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli.
- FERRANTE V., 2004, *Sub art. 19*, in NAPOLI M. (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 6, p. 1418 ss.
- FOGLIA R., 1999, *Il lavoro* (estratto da *Il diritto privato dell'Unione europea*, vol. XXVI, t. II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone), Giappichelli, Torino.

- FOGLIA R., 2001, *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, in *Mass. giur. lav.*, p. 806 ss.
- FRANZA G., 2002, *La direttiva comunitaria n. 99/70/CE*, in PERONE G. (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giappichelli, Torino, p. 13 ss.
- GAJA G., 1991, *Fonti comunitarie*, in *Digesto disc pubbl.*, vol. VI, Utet, Torino, p. 433 ss.
- GALANTINO L., 2003, *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- GAROFALO L., 2004, *Le clausole di «non regresso» nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *Riv. giur. lav.*, p. 39 ss.
- GHERA E., 2001, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, p. 133 ss.
- GHERA FED., 2003, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova.
- GHEZZI G., ROMAGNOLI U., 2001, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna.
- GIUBBONI S., 2003, *Diritti sociali e mercato*, il Mulino, Bologna.
- GIUBBONI S., 2004a, *Da Roma a Nizza: libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Ordinamento comunitario e rapporti di lavoro, Quaderni dir. lav. rel. ind.*, n. 27, Utet, Torino, p. 9 ss.
- GIUBBONI S., 2004b, *Diritti e politiche sociali nella "crisi" europea*, Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», n. 30, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione
- GIUGNI G., 2001, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari.
- LA MACCHIA C., 1990, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 769 ss.
- LAZZARI C., 2002, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva europea sul contratto a termine: spunti problematici*, in *Dir. rel. ind.*, p. 435 ss.
- LECCESE V., 2001, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari.
- LYON-CAEN G., 1992, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, p. 313 ss.
- MANCINI G.F., 1989, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *Rivista di diritto europeo*, p. 9 ss. (ora in *Id.*, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 159 ss.).
- MARESCA M., 1996, *Il coordinamento tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti nazionali in tema di protezione dell'ambiente di lavoro*, in *Dir. comm. int.*, p. 369 ss.
- MOIZARD N., 1999, *Le principe communautaire de protection nationale renforcée et l'ordre public social français*, in *Droit Social*, p. 916 ss.
- MOIZARD N., 2000, *L'interprétation judiciaire progressiste des directives sociales: l'exemple de l'affaire «Renault-Vilvoorde»*, in *Revue Juridique du Centre Ouest*, n. 24, p. 29 ss.

- MOIZARD N., 2003, *Droit communautaire. Son usage régressif dans la réforme de la charge de la preuve d'un harcèlement*, in *Semaine sociale Lamy*, n. 1113, p. 8 ss.
- NOVELLA M., VALLAURI M.L., 2005, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto comunitario*, di prossima pubblicazione.
- NUNIN R., 2001, *Il dialogo sociale europeo*, Giuffrè, Milano.
- OCCHINO A., 2004, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Giappichelli, Torino.
- OLIVELLI P., 2002, *Diritti sociali e «metodo di coordinamento aperto» in Europa*, in *Arg. dir. lav.*, p. 313 ss.
- ORLANDINI G., 1999, *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 *Arg. dir. lav.*, p. 465 ss.
- PERA G., PAPALEONI M., 2003, *Diritto del Lavoro*, Cedam, Padova.
- PINTO V., VOZA R., 2002, *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. giur. lav.*, I, p. 453 ss. (ora anche in PINTO V., 2004, *Lavoro e nuove regole*, Ediesse, Roma, p. 19 ss.).
- POCAR F., 2001, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Cedam, Padova.
- POCAR F., VIARENGO I., 2001, *Diritto comunitario del lavoro*, II ed., Cedam, Padova.
- POIARES MADURO M., 2001, *Never on a Sunday - Why has (EU) Law got to do with it?*, in SCIARRA S. (ed.), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, p. 273 ss.
- PROIA G., 2002, *Flessibilità e tutela «nel» contratto di lavoro subordinato*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 411 ss.
- ROCCELLA M., 1997, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- ROCCELLA M., 2001, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, in www.cgil.it/giuridico/attualità.htm.
- ROCCELLA M., 2004, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», n. 49, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.
- ROCCELLA M., TREU T., 2002, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova.
- SANTONI F., 1992, *Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la legislazione*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 659 ss.
- SANTORO PASSARELLI G., 2002, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, p. 177 ss.
- SCARPONI S., 2002, *Lavori flessibili, autonomia collettiva tra diritto comunitario e interno*, in *Lav. dir.*, p. 361 ss.
- SCIARRA S., 2003, *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», n. 19, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.

SCIARRA S., 2004a, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di "soft law"*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, p. 281 ss. (anche in Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 24/2003, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione).

SCIARRA S., 2004b, *The evolution of Labour Law (1992-2003), General Report - Final Draft*, Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», n. 46, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.

SIMITIS S., 1995, *Fine o rinascita del diritto del lavoro. Il caso della Corte di Giustizia europea*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 521 ss.

SPEZIALE V., 2003, *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle giornate di studi Aidlass (Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002), Giuffrè, Milano, p. 399 ss.

TESAURO G., 1995, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova.

TESAURO G., 2003, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova.

TIRABOSCHI M., 2002, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giuffrè, Milano, p. 41 ss.

TOSI P., LUNARDON F., 2005, *Introduzione al diritto del lavoro. 2. L'ordinamento europeo*, Editori Laterza, Roma-Bari.

TREU T., 1992, *L'Europa sociale: dall'atto unico a Maastricht*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 10/1991, p. 9 ss.

TREU T., 2001, *Politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna.

VALLEBONA A., 2002, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir. lav.*, I, p. 1 ss.

ZAPPALÀ L., 2001, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, in *Dir. merc. lav.*, p. 633 ss.

ZAPPALÀ L., 2003, *Le «flessibilità nella sicurezza» alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, p. 69 ss.