

Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*

Alessandro Bellavista

1. Premessa.	81
2. Competizione tra ordinamenti e diritto del lavoro.	82
3. Le tendenze della politica sociale europea e i modelli regolativi adottati.	85
4. La politica sociale tra <i>hard law</i> e <i>soft law</i> .	89
5. Il ruolo della Corte di Giustizia, i diritti fondamentali e i limiti alla concorrenza tra ordinamenti.	92
6. Trattato costituzionale europeo e diritti sociali fondamentali.	95
7. La competizione regolativa, la proposta di direttiva Bolkenstein, il distacco dei lavoratori.	99

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 47/2006

1. Premessa.

Il tema della competizione, e cioè della concorrenza, tra ordinamenti giuridici è oggi alquanto dibattuto³⁵². Esso può essere affrontato sia dal punto di vista dei rapporti tra i vari sistemi giuridici mondiali sia da quello, in apparenza più limitato, delle relazioni tra i sistemi giuridici europei. Rispetto a quest'ultimo profilo, di recente la discussione è stata aperta a seguito di alcune pronunce della Corte di Giustizia che hanno riconosciuto la copertura della libertà di stabilimento alle pretese di cittadini europei di utilizzare le norme (meno severe) del diritto societario dello Stato membro in cui è formalmente costituita la società, anche se essa svolge prevalentemente, se non esclusivamente, la propria attività in un altro Stato membro (munito di regole a prima vista più rigorose)³⁵³.

Va subito messo in rilievo che, com'è stato con acutezza sottolineato, siffatte pronunce della Corte di Giustizia non vanno enfatizzate: nel senso che possono essere lette come mera applicazione di una libertà fondamentale del Trattato istitutivo della CEE (da ora TCE) e non tanto come apertura alla competizione tra ordinamenti³⁵⁴.

Tuttavia, prescindendo da queste decisioni del giudice europeo, appare comunque necessario affrontare la questione della concorrenza tra ordinamenti dal più limitato angolo visuale che concerne i limiti alla possibilità di scelta, da parte del cittadino comunitario, di assoggettare alcuni rapporti giuridici alle regole dell'ordinamento che ritiene a sé più favorevole. Si ripropone così l'interrogativo se, scontate le difficoltà dell'armonizzazione normativa a livello europeo, valga la pena di utilizzare come rimedio generale il principio del mutuo riconoscimento già diffuso in varie aree del diritto comunitario³⁵⁵.

È evidente che il punto nodale riguarda la possibilità di considerare la norma giuridica "alla stregua di un bene di consumo, un prodotto che è offerto nel mercato delle regole e scelto da chi quella regola vedrà applicata". Ma è altresì chiaro che l'esame dell'opportunità di superare, nel sistema europeo, una rigida contrapposizione tra uniformazione normativa e concorrenza tra ordinamenti, implica "stabilire per ciascun segmento di mercato le caratteristiche strutturali che possano indurre a preferire la coesistenza tra regole in competizione tra loro ovvero una regola uniformemente applicata"³⁵⁶.

³⁵² Cfr. gli scritti in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. Zoppini, Laterza, Roma-Bari, 2004; M. Gnes, *La scelta del diritto*, Giuffrè, Milano, 2004; N. Irti, *Geo-diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 21 ss.; P.G. Monateri, *Lex mercatoria e competizione tra ordinamenti*, in *Soc. dir.*, 2005, 2229 ss.; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002. E già prima cfr. il fondamentale volume di F. Galgano – S. Cassese – G. Tremonti – T. Treu, *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Il Mulino, Bologna, 1993.

³⁵³ Cfr. M. Colangelo, *Da Centros a Inspire Art. Libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, 1220 ss.

³⁵⁴ Cfr. A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 83 ss., spec., 107 ss.

³⁵⁵ Cfr. L.S. Rossi, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. inter. priv. proc.*, 2004, 77 ss.; M. Gnes, *La scelta del diritto*, cit., 106 ss.; G. Tesaro, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2001, 371 ss.

³⁵⁶ A. Zoppini, *Prefazione*, in *La concorrenza*, cit., V e VIII; cfr., anche, S. Mazzamuto, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, 323 ss.

2. Competizione tra ordinamenti e diritto del lavoro.

Di conseguenza, anche per quanto concerne l'area del diritto del lavoro, la problematica richiede l'adozione di uno specifico metodo d'approccio.

Intanto sono necessarie alcune considerazioni preliminari. Anzitutto, va rilevato che tale fenomeno, ossia quello della possibilità di scelta del diritto nazionale più favorevole, nell'ambito del diritto del lavoro, si manifesta in modo circoscritto, perché proprio nell'area dei rapporti di lavoro operano le norme speciali della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, che pongono barriere alla facoltà di scelta della legge nazionale applicabile³⁵⁷. E soprattutto, nel caso del distacco transnazionale di lavoratori, agisce la disciplina speciale della direttiva n. 96/71/CE del 16 dicembre 1996 che garantisce l'operatività di gran parte della normativa lavoristica nazionale del Paese ospitante nei confronti dei lavoratori distaccati. Questa è la prima osservazione che però andrà approfondita nello svolgimento del successivo discorso.

In secondo luogo, va sottolineato che, rispetto al fenomeno della globalizzazione, e quindi della internazionalizzazione dei mercati, oggi il diritto del lavoro è fortemente provocato³⁵⁸; però, è anche vero che il riferimento alla globalizzazione dei mercati, e al conseguente allargamento del terreno di gioco della concorrenza, è un qualcosa di ricorrente, anche se con sfaccettature diverse. È da ricordare, infatti, che l'Organizzazione Internazionale del Lavoro nasce all'indomani della fine della I guerra mondiale, con lo scopo di fissare delle norme comuni per evitare che la competizione e la concorrenza fra i sistemi economici dei vari Paesi operassero attraverso lo sfruttamento della manodopera³⁵⁹.

In terzo luogo, va detto che la caratteristica principale del diritto del lavoro, forse la più importante (almeno sotto il profilo storico, perché ne segna l'atto di nascita), nelle società occidentali, è appunto quella data dal fatto di operare in funzione della protezione di una delle parti del contratto. Ciò si realizza mediante l'utilizzazione della tecnica della norma comune, cioè della norma minima inderogabile (qualunque sia la sua fonte: regolamentare, legislativa, contrattuale), come strumento che ponga un freno all'assoggettamento del lavoro umano alle dinamiche della domanda e dell'offerta: e perciò all'agire del libero mercato. Così, la concorrenza è spostata sulla valorizzazione di altri fattori produttivi diversi dalla pressione sulle condizioni di lavoro. Quindi, lo *standard* comune in materia lavoristica, secondo il tradizionale insegnamento, è anche un meccanismo che incentiva l'innovazione. Il che impedisce alle imprese di farsi concorrenza a spese dei livelli di tutela dei lavoratori, ostacola la corsa al ribasso, la nota *race to the bottom*, in quest'area, e perciò induce verso l'esaltazione di altri fattori produttivi³⁶⁰.

³⁵⁷ Cfr. A. Zoppini, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in *La concorrenza*, cit., 32; A. Lyon-Caen e S. Sciarra, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 20, 9 ss.; M. Magnani, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra leggi e contratti collettivi*, ivi, 73 ss.

³⁵⁸ Cfr. P. Tosi – F. Lunardon, *Introduzione al diritto del lavoro, L'ordinamento europeo*, Laterza, Roma – Bari, 2005, 225 ss.; U. Ragnoli, *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, in *Lav. dir.*, 2004, 569 ss.; A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999.

³⁵⁹ Cfr. R. Adam, voce *Ilo (International labour organization)*, in *Digesto IV, Disc. pubb.*, vol. VIII, 1993, 97 s.

³⁶⁰ Così, G. Giugni, *Lavoro leggi contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, 104 ss. e 107.

La quarta considerazione consiste nella consapevolezza che lo studioso del diritto del lavoro, il quale affronta il tema della competizione degli ordinamenti, si trova fortemente a suo agio esaminando questo problema sotto il profilo del vantaggio competitivo rappresentato da un certo regime regolativo ai fini dello svolgimento dell'attività economica. In effetti, il diritto del lavoro è parte integrante di un sistema normativo ed è più che noto che la variazione del livello di (o, meglio, del peso e quindi del costo della) regolamentazione agisce sulla competitività del contesto in cui opera quel tipo di diritto del lavoro³⁶¹. Orbene, per cogliere meglio la portata di quanto appena detto, basti ricordare che da sempre si discute se una maggiore flessibilità delle condizioni di lavoro, ad esempio sotto il profilo dell'alleggerimento dei vincoli al licenziamento, possa aumentare e favorire la domanda di lavoro e quindi i posti di lavoro; e perciò incrementare la capacità competitiva delle imprese e del sistema dove agisce quel tipo di diritto del lavoro. Più in generale, non v'è evidenza empirica che dimostri con assoluta certezza che ad una maggiore flessibilità delle condizioni di lavoro corrisponda una maggiore occupazione, quantomeno in termini assoluti³⁶². Semmai, ma si tratta di un discorso che qui può essere solo accennato, raggiunto un determinato e tendenzialmente equivalente livello di sviluppo in un'area alquanto estesa, come l'Unione europea, andrebbe evitato di riporre eccessiva fiducia nelle capacità taumaturgiche di un solo ramo o spezzone del diritto. In altre parole, vi sono ragionevoli dubbi sulla circostanza che l'assetto del diritto del lavoro in sé possa influenzare la competitività di un sistema nazionale in modo decisivo, in quanto le scelte d'investimento delle imprese spesso dipendono da valutazioni più ampie e variegate³⁶³.

Però è anche vero che, da tempo, si osserva come l'internazionalizzazione dell'economia abbia messo in luce la particolare vulnerabilità dei diritti del lavoro nazionali. Infatti, la "mobilità delle aziende, riconosciuta in Europa dal diritto di stabilimento e dal mutuo riconoscimento degli ordinamenti, offre agli imprenditori ampie possibilità di 'fare shopping' fra le varie legislazioni anche in materia di lavoro"³⁶⁴. E perciò nel mercato unico gli operatori economici possono "votare con i piedi" e cioè "condizionare l'azione regolativa dei governi nazionali optando, o minacciando di optare, per le aree e i sistemi che offrono condizioni più favorevoli"³⁶⁵. E più di recente, l'allargamento dell'Unione, con l'ingresso di Paesi molto deboli sul piano sociale, può instaurare inquietanti dinamiche competitive tra questi e quelli con normative lavoristiche più avanzate³⁶⁶.

Né va trascurato che un'altra direttrice primaria del moderno diritto del lavoro, in quanto diritto della persona, è quella della tutela delle differenze o quantomeno di sapere affrontare la sfida delle differenze³⁶⁷. E cioè, il diritto del lavoro, benché fondato appunto su norme inderogabili,

³⁶¹ Cfr. T. Treu, *Le regole sociali europee: quali innovazioni?*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 33 ss.

³⁶² Cfr. R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 2001, 19.

³⁶³ Cfr. R. Del Punta, *Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 409 ss.; e O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, Stevens & Sons, London, 1977, 2 ss.

³⁶⁴ T. Treu, *Il diritto del lavoro tra internazionalizzazione e segmentazione*, in *Nazioni senza ricchezza*, cit., 99; e cfr. W. Streek, *La dimensione sociale del mercato unico europeo: verso un'economia non regolata?*, in *Stato e mercato*, 1990, 29 ss.

³⁶⁵ Cfr. M. D'Antona, *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. dir.*, 1992, 54.

³⁶⁶ Cfr. T. Treu, *Le regole sociali europee*, cit., 37 ss. e 50 ss.; e già S. Simitis, *Fine o rinascita del diritto del lavoro. Il caso della Corte di Giustizia europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, 530 ss.

³⁶⁷ Cfr. M. D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 458 ss. S. Simitis, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, ivi, 87 ss.; U. Romagnoli, *I diritti sociali nella Costituzione*, in *Diritti lavori mercati*, 2005, 535.

non è ontologicamente costretto a perseguire soltanto l'obiettivo di imporre *standards* unitari. Ma in verità, seppure spesso indirettamente, ha talvolta cercato di valorizzare l'autodeterminazione e quindi di garantire quella uniformità di tutela tale da assicurare le precondizioni per lo sviluppo delle diversità individuali e collettive. E perciò, su un piano più generale, un tollerabile grado di differenziazione tra i sistemi lavoristici non sarebbe in sé incompatibile con l'idea dell'armonizzazione. Ciò sia perché potrebbe essere compensato da altri elementi sia perché rispettoso di radicate e storiche diversità nazionali tali da fondare la specifica identità degli appartenenti a quel determinato contesto territoriale³⁶⁸.

Entrando *in medias res*, va concentrata l'attenzione su tre aspetti peculiari, ovviamente sempre dal punto di vista del lavorista.

Il primo punto concerne gli obiettivi della politica sociale europea e quindi della politica comunitaria nel campo del diritto del lavoro. Ciò investe anche l'analisi dei vari modelli regolativi adottati. Ossia, bisogna chiedersi quale sia la tendenza del diritto europeo. Armonizzazione delle regole ovvero valorizzazione, per non dire accentuazione, delle differenze? Questo è un dubbio che rimane ancora oggi in parte irrisolto. In questa sede, pare più opportuno provare a giustificare l'esistenza di una soluzione intermedia.

Il secondo aspetto sul quale va soffermata l'attenzione è quello del ruolo della Corte di giustizia e dei diritti fondamentali sia nella valorizzazione della politica sociale europea sia come limite ai tentativi dei legislatori nazionali di procedere ad introdurre o di mantenere differenziazioni dei loro sistemi regolativi.

Il terzo aspetto è di estrema importanza e riguarda l'interrogativo di quali siano - in questo momento in cui a livello europeo rimangono diversificazioni dei livelli di tutela assicurati dai diritti del lavoro nazionali, e quindi l'armonizzazione non è completa - le attuali tecniche che vengono utilizzate dal legislatore comunitario, per evitare, pur in un sistema di persistente differenziazione, la concorrenza verso il basso delle condizioni di lavoro, cioè il *dumping* sociale.

È evidente che l'*optimum* sarebbe quello di arrivare ad un rafforzamento dei poteri e delle funzioni in tema di politica sociale ed economica al livello sovranazionale comunitario tale da compensare il potere della *business community* internazionale e di creare (almeno, ma anche a livello mondiale) in Europa una formazione di tipo politico-pubblico proporzionata ai fenomeni da controllare. È questa un'opera estremamente complessa, ancora non compiutamente realizzata, ma di cui si possono rintracciare le fondamenta se si tiene conto delle più recenti modifiche dei Trattati europei; e che deve continuare a rappresentare l'obiettivo finale del processo di integrazione³⁶⁹.

³⁶⁸ Cfr. M. D'Antona, *Mercato unico*, cit., 58; S. Simitis, *Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 648 ss.; C. Barnard, *Social Dumping and the Race to the Bottom: some Lessons for the European Union from Delaware?*, in *European Law Review*, 2000, 57 ss.

³⁶⁹ Cfr. U. Romagnoli, *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2005, 536; P. Tosi – F. Lunardon, *Introduzione*, cit., 250 ss.; G.P. Cella, *Governance europea, rappresentanza democratica, relazioni pluralistiche*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, 38 ss.; T. Treu, *Il diritto del lavoro*, cit., 104 ss.; G.F., Mancini, *Argomenti per uno Stato europeo*, in *Soc. dir.*, 1998, 7 ss.; M. D'Antona, *Chi ha paura della sussidiarietà*, in *Lav. dir.*, 1994, 571 ss.

3. Le tendenze della politica sociale europea e i modelli regolativi adottati.

Anzitutto, ovviamente, sarebbe qui un fuor d'opera ripercorrere la storia della politica sociale europea e ci si limiterà ai passaggi essenziali³⁷⁰. Come è stato bene sottolineato, “il processo di integrazione europea ha avuto come obiettivo primario la creazione di un mercato unico nell'ambito del quale il legislatore comunitario delle origini ha privilegiato le ragioni della concorrenza rispetto alle ragioni del lavoro”. Ciò nel senso che “i padri dell'Europa, ma anche il Consiglio e la Commissione di Bruxelles non hanno mai teso – mai, almeno in prima battuta – a riformare la condizione dell'uomo che vende la sua forza lavoro”. Alle origini, infatti, il Trattato istitutivo della CEE (da ora TCE) “ha un solo, vero obiettivo: creare un mercato europeo, fondato sulla concorrenza e caratterizzato, per un verso, dalla liberalizzazione degli scambi fra gli Stati membri, per l'altro, dall'istituzione di una tariffa doganale comune verso il resto del mondo”. E “in questo obiettivo il lavoro – il lavoro subordinato, in particolare – è inestricabilmente coinvolto”. È “logico”, quindi, che il Trattato e la legislazione comunitaria se ne occupino; ma logico anche che se ne occupino solo nella misura di quel coinvolgimento e soprattutto in vista dell'incidenza che la condizione materiale e giuridica dei lavoratori può avere sul raggiungimento dell'obiettivo”. In altri termini, “non è un più alto tasso di socialità che il legislatore ha in principio di mira”: gli “interessano soprattutto, per toglierli di mezzo o per attutirne le conseguenze, i fattori suscettibili di ostacolare il buon funzionamento del mercato”³⁷¹.

Tuttavia, con il trascorrere del tempo, le varie modifiche del TCE, l'intervento della Corte di Giustizia e le pressioni degli attori politici e collettivi hanno contribuito ad allargare progressivamente lo spazio della dimensione sociale dell'Unione europea. Se in origine i diritti sociali e del lavoro svolgevano una funzione ancillare rispetto al diritto della concorrenza³⁷², oggi le cose non stanno più così. Già dopo il Trattato di Amsterdam, si poteva, a ragione, osservare che era stata conferita “alla Comunità un'ampia competenza normativa concorrente con quella degli Stati membri ed esercitabile, in linea di massima, in relazione quasi all'intero arco delle condizioni di lavoro”³⁷³. Vero è che ancora non è in vigore una Costituzione dell'Unione contenente un catalogo di diritti fondamentali, tali da impedire che il principio di “un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza” (di cui agli artt. 4 e 98 del TCE) rappresenti la stella polare della politica europea³⁷⁴. Però, i diritti sociali fondamentali hanno trovato e trovano sempre più *audience* attraverso diversi meccanismi, seppure talvolta non del tutto lineari³⁷⁵. Si pensi poi che già all'indomani della firma

³⁷⁰ Su questa lunga e tormentata vicenda cfr., ampiamente, S. Simitis – A. Lyon-Caen, *Community Labour Law: A Critical Introduction to its History*, in *European Community Labour Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 1 ss.; M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, 3° ed., Cedam, Padova, 2002, 3 ss.; P. Tosi – F. Lunardon, *Introduzione*, cit., 3 ss.; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003; M. Barbera, *La Carta di Nizza e le politiche sociali europee*, in *La Carta di Nizza*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, 41 ss.; R. Foglia, *Il lavoro*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, tomo II, Giappichelli, Torino, 2000, 807 ss.; G. Arrigo, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1998, 1 ss.; S. Simitis, *Europeizzazione*, cit., 639 ss.

³⁷¹ Così, G. F. Mancini, *Diritto del lavoro e diritto comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985, 478 s.; S. Deakin, *Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy*, in *European Community Labour Law*, cit., 63 ss.

³⁷² Cfr. S. Simitis, *Fine o rinascita*, cit., 531 ss.

³⁷³ M. Roccella, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, 34.

³⁷⁴ Cfr. S. Simitis, *Europeizzazione*, cit., 653 ss.; M. Roccella, *Tutela del lavoro*, cit., 63.

³⁷⁵ Cfr. M. Roccella, *Tutela del lavoro*, cit., 60 ss.; P. Tosi – F. Lunardon, *Introduzione*, cit., 117 ss. e 180 ss.

del Trattato costituzionale europeo – che al momento, non è entrato in vigore; e, anzi, vi sono dubbi su quando si realizzerà questo evento³⁷⁶ – v'è chi ha messo in risalto il “traguardo di straordinaria importanza storica”³⁷⁷ rappresentato dall’inserimento in esso della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea approvata a Nizza (con una dichiarazione che ne escludeva la diretta efficacia giuridica) e ha affermato che “l’incorporazione della Carta di Nizza nella II parte della Costituzione, oltre a munire di valore giuridico una serie di diritti prima solo politicamente affermati, determina il definitivo superamento della matrice esclusivamente mercantile dell’Unione europea e quindi valorizza, nell’ambito dell’ordinamento europeo, ‘le ragioni’ dei diritti sociali rispetto a quelle finora prevalenti della concorrenza”³⁷⁸.

Pertanto, è sempre più fondata la conclusione secondo cui lo sviluppo della dimensione sociale europea non trova ormai ostacoli normativi insuperabili. Semmai, la questione diventa spiccatamente politica: vale a dire, riguarda le scelte concrete da adottare per aggiornare il modello sociale europeo di fronte alle sfide cui si trova esposto³⁷⁹.

Così, si può sottolineare che uno dei grandi problemi della politica sociale europea è sempre stato caratterizzato dalla ricerca di un giusto equilibrio tra due obiettivi. Il primo era quello appunto di evitare in un mercato aperto, che era quello che si andava a costituire in Europa con il Trattato istitutivo del 1957, il *dumping* sociale: e cioè, di impedire appunto che la concorrenza si basasse sullo sfruttamento della manodopera. Dall’altro lato, accanto a questo, si poneva però un obiettivo contrapposto, ma coordinato. E cioè quello di evitare il *dumping* sociale alla rovescia. In altri termini, se lo scopo era quello di contrastare il *dumping* sociale, allora, per conseguirlo, bisognava procedere verso l’armonizzazione di alcune regole base nel campo lavoristico. Ma, qualora questa armonizzazione fosse stata tarata su *standards* troppo elevati, si sarebbe prodotto un *dumping* sociale alla rovescia nei confronti dei Paesi che non avevano livelli di sviluppo economico comparabili agli altri Paesi su cui erano stati calibrati i suddetti *standards*: nel senso che quelle misure in apparenza di applicazione generale avrebbero avuto una funzione protezionistica nei confronti dei Paesi economicamente più forti³⁸⁰.

Un problema analogo si pone oggi nel contesto del rapporto tra il modello sociale europeo e i sistemi sociali dei Paesi cosiddetti emergenti, e che investe la grande questione della tutela dei diritti del lavoro nell’epoca della globalizzazione. In questa sede è necessario limitarsi ad una battuta. Pensare di estendere il modello sociale europeo, i livelli di tutela così faticosamente conquistati, *ex abrupto*, in Paesi che hanno dei livelli di sviluppo differenti, ovviamente è qualcosa che non è ragionevolmente concepibile. Ciò avrebbe semplicemente un effetto protezionistico: perché, dietro la formale giustificazione di tutelare alcune esigenze fondamentali, in verità si proteg-

³⁷⁶ Cfr. J. Kenner, *La Costituzione che non c’è mai stata: si può salvare qualcosa dal naufragio?*, in *Diritti lavori mercati*, 2005, 563 ss.

³⁷⁷ S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali nella “nuova” Costituzione europea. Spunti comparatistici*, in *Diritti lavori mercati*, 2004, 559.

³⁷⁸ G. Santoro Passarelli, *Le “ragioni” dell’impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell’orizzonte della normativa europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 97; e cfr. G. Arrigo, *La nuova Carta dei diritti fondamentali*, in *Lav. inf.*, 2000, 5 ss.

³⁷⁹ Cfr. U. Romagnoli, *Divagazioni*, cit., 535 s.; T. Treu, *Le regole sociali*, cit., 39 ss.; M. Roccella, *Tutela del lavoro*, cit., 34; C. Joerges, *Cosa resta della Costituzione economica europea?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 35 ss.

³⁸⁰ Cfr. M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 3 ss.; G. Arrigo, *Il diritto del lavoro*, cit., 104 ss.

gerebbero gli interessi dei Paesi che mirano a conservare il loro modello sociale. È evidente: quattro settimane di ferie che costituiscono lo *standard* europeo non possono essere applicate istantaneamente in altri Paesi dove i giorni di ferie sono estremamente limitati, per giunta al di sotto dei limiti fissati dalle convenzioni dell'OIL. Per non dire che, in questi Paesi v'è un enorme scarto tra dato formale e realtà sostanziale (con ciò mettendo in luce peraltro un grande problema di effettività!)³⁸¹.

Emerge quindi come la politica sociale europea sia stata pervasa dalla forte tensione tra armonizzazione, per combattere il *dumping* sociale, e mantenimento delle diversificazioni, per evitare il *dumping* alla rovescia. D'altra parte, questa tensione risulta chiaramente dal testo originario dell'art. 117 del TCE, laddove si afferma che l'obiettivo della Comunità è la "parificazione nel progresso" delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera ed a questo obiettivo sono finalizzati sia l'armonizzazione dei sistemi sociali, sia il ravvicinamento delle normative nazionali. Come bene s'è detto, "sono tuttora discussi sia il concetto di armonizzazione 'verso l'alto', sia la stessa idea di armonizzazione, con la sua variante debole di 'avvicinamento', fra le normative". Sicché, si concorda sul solo punto che "l'armonizzazione non implica unificazione, né identità delle norme e degli istituti giuridici". E cioè "la diversità resta una realtà radicata nell'Europa (anche) sociale, nonostante più di 40 anni di esperienza comunitaria, ed è parte della sua ricchezza"³⁸². E non a caso sorge il dubbio se alle tendenze attuali della stessa politica sia ancora riferibile il giudizio espresso da Gerard e Antoin Lyon-Caen nei confronti del programma di azione sociale del 1974: un programma definito "ambizioso ma senza passato e senza futuro". D'altra parte, è evidente come la strategia di armonizzazione continui ad essere permeata dalla debolezza intrinseca, data dall'assenza di "azioni coerenti di politica economica capaci di avvicinare le condizioni strutturali delle varie aree della Comunità"³⁸³.

Anche le direttrici dell'armonizzazione non sono del tutto univoche. Infatti, si parla di un'armonizzazione funzionalista e di un'armonizzazione coesiva. La prima rivolta ad eliminare le distorsioni della concorrenza e quindi a rafforzare il mercato: nell'ambito di tale direttrice rientra il contrasto del *dumping* sociale. La seconda, invece, mira a correggere il mercato mediante l'imposizione di regole comuni ai vari ordinamenti nazionali del lavoro³⁸⁴. Entrambe queste direttrici ricadono nell'ambito della cosiddetta integrazione positiva: la quale pure nella sua versione debole di tipo funzionalista presuppone un intervento regolativo che, seppure indirettamente, considera i valori sociali. Mentre del tutto diversa è l'integrazione negativa che abbraccia le misure destinate esclusivamente a distruggere ogni ostacolo allo sviluppo del mercato comunitario senza tenere conto di valori diversi dalla libertà di concorrenza. Sicché, un vero e proprio diritto sociale comunitario può consolidarsi solo attraverso l'integrazione positiva nella sua versione forte di tipo coesivo³⁸⁵.

³⁸¹ Cfr. B. Hepple, *Diritto del lavoro, disuguaglianza e commercio globale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 27 ss.; K. Basu, *Standard internazionali di lavoro e lavoro minorile*, in *Globalizzazione, istituzioni e coesione sociale*, a cura di F.R. Pizzuti, Donzelli, Roma, 1999, 91 ss.; M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, 319 ss.

³⁸² M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 8; cfr. S. Simitis, *Fine o rinascita*, cit., 535 ss.

³⁸³ M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 16.

³⁸⁴ Cfr. M. D'Antona, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 700 ss.

³⁸⁵ Cfr. M. Barbera, *Dopo Amsterdam*, Promodis, Brescia, 2000, 49 ss.

In effetti, il livello di armonizzazione che si è raggiunto non è generale. Considerando i tre ambiti più rilevanti della politica sociale - i temi classici del diritto del lavoro, le relazioni industriali e il *Welfare* insieme alle politiche occupazionali - all'inizio di questo decennio si osservava come si profilassero "oggi e in prospettiva, elementi di convergenza e di differenziazione, aree di politiche e prassi in cui prevale il coordinamento e aree in cui prevale e si accentua la diversificazione"³⁸⁶. E, in questo momento, esistono settori in cui a seguito sia della valorizzazione delle norme contenute nel TCE sia dell'attività legislativa dell'Unione si è raggiunto un discreto livello di armonizzazione nel progresso, ma sono soprattutto aree tradizionali: cioè, quelle della parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici; della tutela di alcuni diritti minimi dei lavoratori nel caso di alcune vicende che interessano l'impresa, come il trasferimento d'azienda, i licenziamenti collettivi e la protezione dei lavoratori nel caso d'insolvenza del datore di lavoro. Però, "l'impegno comunitario si è fermato al di qua di una armonizzazione delle aree centrali della nostra materia e dell'obiettivo auspicato e non confessato di istituire un diritto del lavoro europeo coesteso con quelli nazionali". Inoltre, "l'armonizzazione perseguita dalle autorità politiche comunitarie non ha quasi mai forzato verso l'alto i minimi comuni denominatori degli *standards* nazionali": e appunto "ciò è avvenuto essenzialmente nell'area della parità e della protezione della salute"³⁸⁷.

Peraltro, l'armonizzazione dei sistemi sociali, laddove s'è realizzata, non è stata indolore, sul piano politico e del contenzioso a livello della Corte di Giustizia. Né, come s'è detto, può dirsi conclusa e anzi trova sempre maggiori difficoltà di fronte all'apertura dei mercati europei e internazionali: poiché, ogni Stato nazionale può essere tentato di sfruttare il vantaggio competitivo offerto dalla debolezza (e quindi dalla maggiore flessibilità) del proprio sistema sociale. Così, lo spettro della *regulatory competition* e della connessa *race to the bottom* aleggia costantemente sul futuro del processo di integrazione europea³⁸⁸. A tal punto che è ricorrente la preoccupazione in forza della quale, una volta ritenuto l'obiettivo dell'armonizzazione normativa del tutto impraticabile, possa avere il via libera la competizione tra ordinamenti: e cioè, l'utilizzazione come rimedio (seppure con qualche correzione) del principio del "mutuo riconoscimento" fra le legislazioni nazionali. Tuttavia, è unanime l'opinione secondo cui "applicato al diritto del lavoro questo principio non è solo un antidoto a vere o presunte rigidità centralistiche, ma rischia di trasformarsi in uno strumento di deregolazione e di potenziale ribassamento degli *standards* sociali"³⁸⁹. Infatti, tale principio non è altro che una tecnica di integrazione negativa che, in base alla formale giustificazione di eliminare le barriere al rafforzamento del mercato, è capace di travolgere le disposizioni destinate a tutelare interessi *altri* (come quelli della persona che lavora) rispetto a quelli del mercato, ma sicuramente meritevoli di adeguata (se non maggiore) considerazione, stante il ruolo primario della persona negli ordinamenti costituzionali europei³⁹⁰.

Però, l'acquisizione delle difficoltà dell'armonizzazione ha spinto verso l'adozione di metodi regolativi meno rigidi di quelli del passato. Qui risalta un'evidente debolezza delle politiche armonizzatrici dell'Unione. E questa è data dal fatto che la tradizionale politica sociale perseguita

³⁸⁶ T. Treu, *L'Europa Sociale: problemi e prospettive*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 327.

³⁸⁷ T. Treu, *Le regole sociali europee*, cit., 34.

³⁸⁸ Cfr. C. Barnard, *Social Dumping*, cit., 70 ss.; P. Pelissero, *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o race to the bottom?*, in *Lav. dir.*, 2005, 364 ss. e 405 ss.

³⁸⁹ M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 17; così già A. Lo Faro, *Maastricht ed oltre*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, 134.

³⁹⁰ Cfr., ampiamente, A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Giuffrè, Milano, 1999, 65 ss.

dall'Unione è stata basata pressoché esclusivamente su direttive e regolamenti contenenti una normativa di intervento diretto sugli ordinamenti nazionali attraverso l'utilizzazione della più antica e tradizionale tecnica del diritto del lavoro: cioè, la tecnica della garanzia dei diritti individuali mediante il sistema della norma imperativa. È mancato, e manca tuttora, un sistema a livello europeo di tipo promozionale che stimoli soprattutto l'azione dei soggetti collettivi: i quali costituiscono, nella storia del diritto del lavoro, gli attori realmente in grado di assicurare l'effettiva tutela dei diritti individuali, di mantenere la possibilità di creare nuovi spazi di libertà e di incrementare la protezione sociale³⁹¹.

4. La politica sociale tra *hard law* e *soft law*.

Beninteso, le recenti innovazioni nel sistema dei Trattati lasciano ovviamente sperare in ordine alla possibilità del mantenimento della via armonizzatrice³⁹². Ciò in quanto soprattutto dopo il Trattato di Amsterdam e dopo il Trattato di Nizza, nel campo della politica sociale, il legislatore comunitario gode oggi di una molteplicità di strumenti regolativi. Il primo è quello basato sulle direttive vincolanti e quindi sull'*hard law*, cioè su norme cogenti. È questo appunto il cosiddetto "metodo comunitario classico" (MCC). Il secondo strumento regolativo, che è stato valorizzato prima con il Trattato di Amsterdam, e poi soprattutto con il varo della cosiddetta "Strategia di Lisbona"³⁹³, è quello dell'utilizzazione delle tecniche del *soft law*, cioè del diritto morbido, flessibile e specialmente attraverso l'adozione del "metodo aperto di coordinamento" (MAC)³⁹⁴: il quale, grosso modo, è un sistema attraverso il quale gli Stati membri partecipano alla fissazione di determinati obiettivi attraverso una procedura di cooperazione con gli organi dell'Unione e il mancato perseguimento di questi obiettivi è folgorato soprattutto attraverso sanzioni di tipo politico-morale. Così, gli Stati membri non sono obbligati in senso tecnico a raggiungere siffatti obiettivi. Sicché, "all'armonizzazione normativa tende a sostituirsi il coordinamento per obiettivi, che utilizza forme prevalentemente tipiche della *soft law*, come le linee guida (*guidelines*)"³⁹⁵.

La sequenza ideal-tipica del metodo aperto di coordinamento è riscontrabile nella Strategia Europea per l'Occupazione" (SEO). Ci si limita qui a ricordare che l'Unione Europea non ha ancora oggi una competenza normativa in materia di politica per l'occupazione: vale a dire, essa non può varare norme cogenti in quest'ambito. La competenza in materia di politica per l'occupazione è ancora formalmente mantenuta presso gli Stati membri: come risulta dall'art. 127 del TCE. Ma, appunto, con il Trattato di Amsterdam, rispetto a tale area si è introdotta una sorta di competenza concorrente o condivisa tra Stati membri e Comunità, attraverso l'assegnazione agli organi comunitari del compito di promuovere il coordinamento delle politiche degli Stati membri in materia

³⁹¹ Cfr. T. Treu, *L'Europa Sociale*, cit., 312 ss.; M. Roccella - T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 16 ss.; A. Garilli, *Concertazione e contrattazione collettiva nell'Europa dell'Unione economica e monetaria*, in *Dir. lav.* 1999, I, 447 ss.; A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni*, cit., 92 ss.

³⁹² Sul punto le valutazioni sono ovviamente molteplici. Cfr. J. Kenner, *La Costituzione che non c'è mai stata*, cit., 563 ss.; T. Treu, *Le regole sociali europee*, cit., 38 ss.; S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali nella "crisi" europea*, in WP, Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona", n.30/2004, 2 ss.

³⁹³ Cfr. F. Ravelli, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, in WP Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona", n. 82/2005, 3 ss.

³⁹⁴ Cfr. *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, a cura di M. Barbera, Giuffrè, Milano, 2006; C. Dell'Aringa, *Il metodo aperto di coordinamento*, in *Diritti lavori mercati*, 2003, 623 ss.; M. Delfino, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano tra inderogabilità e soft law*, ivi, 653 ss.

³⁹⁵ M. Roccella - T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 23.

di occupazione. Basti rilevare che secondo l'art. 126, comma 2, del TCE, "gli Stati membri... considerano la promozione dell'occupazione una questione di interesse comune e coordinano in sede di Consiglio le loro azioni al riguardo, in base alle disposizioni dell'articolo 128". In forza di quest'ultima disposizione, ciò si realizza attraverso la formulazione di orientamenti annuali da parte del Consiglio, su proposta della Commissione. Orientamenti di cui devono tenere conto gli Stati membri nell'assumere le rispettive misure di politica dell'occupazione, che vanno rese esplicite in apposite relazioni annuali da trasmettere alla Commissione e al Consiglio. Sicché, le autorità comunitarie vigilano sul comportamento dei singoli Stati membri e l'eventuale dissonanza rispetto ai parametri fissati negli orientamenti può essere segnalata con apposite raccomandazioni del Consiglio. L'esperienza è ormai significativa, poiché questo metodo è stato adottato a partire dalla fine del 1997, in quanto il titolo sull'occupazione inserito nel TCE dal Trattato di Amsterdam è stato applicato ben prima dell'entrata in vigore di quest'ultimo Trattato. Ed è possibile affermare che esso possiede una notevole efficacia: cioè, in proporzione, più del tradizionale *hard law*. Il che può dipendere non solo dalla natura stessa degli orientamenti in materia di occupazione, volti a coordinare politiche, e a non regolare direttamente determinate materie. Ma anche dal fatto che il sistema di controllo sul rispetto degli orientamenti espone i singoli Stati membri a censure pubbliche tali da comprometterne la credibilità politica; e pertanto li induce ad assumere comportamenti fattivi ed a tentare di emulare le soluzioni più efficaci adottate nei vari contesti nazionali³⁹⁶.

Inoltre, negli ultimi anni, sono state varate direttive sociali con un contenuto leggero: nel senso che esse non regolamentano dettagliatamente il loro oggetto, ma si limitano ad imporre *standards* di base. Con ciò si raggiunge l'obiettivo di attenuare le differenze di regolamentazione tra le varie legislazioni nazionali, consentendo di mantenere quelle diversità non incompatibili con i principi sociali sanciti dalla legislazione comunitaria di volta in volta rilevante. Si tratta di una tecnica regolativa che presenta luci ed ombre. Essa però potrebbe comunque produrre una spinta all'armonizzazione verso l'alto delle legislazioni nazionali, qualora fosse utilizzata con rigore e affidando la sua gestione concreta al dialogo tra le parti sociali³⁹⁷.

Altro punto molto importante è dato dal fatto che, dopo il Trattato di Nizza del 2000, le competenze dell'Unione in materia sociale sono state anche allargate, perché prima, ad esempio, l'Unione non aveva competenze in tema di lotta contro l'esclusione sociale e in ordine alla modernizzazione dei regimi di protezione sociale. Ma con il nuovo art. 137 TCE, come riformulato al vertice di Nizza, si assiste al riconoscimento della competenza comunitaria rispetto a queste materie che però possono essere regolamentate solo con atti di *soft law*: cioè, soltanto attraverso il metodo aperto di coordinamento³⁹⁸. Inoltre, un'ulteriore innovazione, contenuta nel nuovo art.

³⁹⁶ Cfr. M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 135 s.; M. Barbera, *Dopo Amsterdam*, cit., 134 ss.; M. Ferrera – S. Sacchi, *Il metodo aperto di coordinamento e le capacità istituzionali nazionali: l'esperienza italiana*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, 64 ss.; A. Donà, *Il metodo aperto di coordinamento e l'Italia: il caso della politica per le pari opportunità nella strategia europea per l'occupazione*, ivi, 88 ss.

³⁹⁷ Cfr. Treu, *L'Europa Sociale*, cit., 319 ss.; P. Pelissero, *Allargamento europeo*, cit., 364 ss.

³⁹⁸ Cfr. M. Ferrera - M. Matsaganis - S. Sacchi, *Il nuovo "processo di inclusione sociale" dell'Unione Europea: coordinamento aperto contro la povertà*, in *L'assistenza sociale*, 2002, 9 ss.; E. Ales, *La modernizzazione del modello di protezione sociale europeo: la lotta all'esclusione sociale attraverso l'open method of co-ordination*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.* 2004, 37 ss.

137 TCE, è quella dell'estensione del metodo aperto di coordinamento – sebbene in una forma ancora meno rigida di quella praticata nell'ambito della Strategia Europea per l'Occupazione – in relazione a tutte le materie di politica sociale oggetto del metodo comunitario classico.

Né va trascurato come gli organi comunitari abbiano avviato, di recente, un processo di coordinamento tra le politiche economiche e le politiche per l'occupazione degli Stati membri³⁹⁹. Si tratta di un passo significativo verso interventi di riequilibrio e sostegno strutturale delle diverse aree del continente, in modo tale da assicurare una competitività solidale e coniugare crescita economica ed equità. Inoltre, va sottolineata la previsione – introdotta con il Trattato di Nizza nel precedente testo dell'art. 137 TCE, secondo cui il Consiglio potrebbe estendere alle materie sociali (con l'eccezione della sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori), tuttora assoggettate alla regola dell'unanimità, la procedura legislativa ordinaria retta dalla regola della maggioranza.

Altro discorso riguarda il ruolo che assume il metodo aperto di coordinamento nell'ambito della *governance* europea⁴⁰⁰. E cioè, “è legittimo porsi la domanda se l'ordinamento comunitario sia orientato a cambiare il suo *imprinting* di diritto legale sostantivo per diventare un sistema di *policy by objectives* oppure di regolazione procedurale”⁴⁰¹. Benché vi sia forte attenzione sul metodo aperto di coordinamento da parte degli organi comunitari e di molti autorevoli osservatori, è però vero che non v'è nulla nei Trattati che lasci intendere che esso debba diventare lo strumento principale, vale a dire il metodo generale di *governance* sociale in Europa. Nel Trattato costituzionale europeo viene recepita la costruzione e l'ambito di competenza del metodo aperto di coordinamento risultante dai Trattati di Amsterdam e di Nizza⁴⁰². L'equilibrio tra gli anzidetti approcci regolativi è determinabile solo alla luce della futura esperienza e delle scelte politiche che verranno.

Più in generale, l'armonizzazione potrebbe essere rivitalizzata rafforzando il sostegno al dialogo sociale e alla contrattazione collettiva europea; e quindi la scelta del Trattato di Maastricht di istituzionalizzare il metodo contrattuale⁴⁰³. Certo si tratta di superare molteplici ostacoli anche insiti nelle radici dei sistemi di relazioni industriali dei vari Stati membri. Ma l'esperienza dimostra che le direttive varate tramite il dialogo sociale istituzionale hanno comunque permesso di rag-

³⁹⁹ Cfr. F. Ravelli, *Il coordinamento*, cit., 17 ss.

⁴⁰⁰ La *governance* europea è infatti caratterizzata da un sistema regolativo policentrico e multilivello in cui le competenze decisionali sono condivise da vari attori a livelli diversi secondo un ordine non rigidamente gerarchico: cfr. L. Bobbio, *Governance multilivello e democrazia*, in *Riv. pol. soc.*, 2005, n. 2, 51 ss.; B. Caruso, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 806 ss.; A. Beghini, *Il metodo aperto di coordinamento e la governance multilivello nell'Unione Europea*, in *Affari sociali internazionali*, 2003, 19 ss.; T. Treu, *L'Europa Sociale*, cit., 329 ss.

⁴⁰¹ T. Treu, *Le regole sociali europee*, cit., 39; cfr., anche, B. Caruso, *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in WP Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D'Antona”, n. 78/2005, 3 ss.

⁴⁰² Cfr. F. Bano, *L'Europa sociale nel Trattato costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, 836. La stessa Commissione europea sostiene che non si deve ricorrere al metodo aperto di coordinamento “quando è possibile un'azione normativa secondo il metodo comunitario” (e cioè l'intervento regolativo diretto): Commissione delle Comunità Europee, *La governance europea, un Libro bianco*, COM (2001) 428 definitivo, 23 s. Cfr. F. Ravelli, *Il coordinamento*, cit., 4.

⁴⁰³ Cfr. T. Treu, *Le regole sociali europee*, cit., 36 ss.; e già Id., *L'Europa Sociale*, cit., 314 ss.; G.P. Cella, *Governance*, cit., 42 ss.; R. Nunin, *Il dialogo sociale europeo*, Giuffrè, Milano, 2001, 217 ss.; ma cfr. anche A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni*, cit., 305 ss.

giungere risultati di indubbio pregio. E la preoccupazione che la genericità di tali prodotti normativi potesse alimentare un'eccessivo margine di discrezionalità degli ordinamenti nazionali rispetto al recepimento delle indicazioni comunitarie è stata in parte attenuata da rigorosi interventi della Corte di Giustizia, specie nell'incandescente materia della disciplina del lavoro a tempo determinato⁴⁰⁴. Quindi è logico ritenere che in futuro la stessa Corte continuerà a valorizzare al massimo grado le finalità di tutela sottostanti alle discipline comunitarie di volta in volta sottoposte alla sua interpretazione.

5. Il ruolo della Corte di Giustizia, i diritti fondamentali e i limiti alla concorrenza tra ordinamenti.

Beninteso, è ora opportuno esaminare, seppure brevemente, gli indirizzi che promanano dal diritto comunitario vivente rispetto alle possibilità di sviluppo di una politica sociale europea verso l'armonizzazione o, quantomeno, che non vada oltre un ragionevole grado di diversificazione. In ordine a quest'aspetto è estremamente rilevante il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia soprattutto nella sua più recente giurisprudenza.

In primo luogo, va ricordato che i giudici di Lussemburgo, qualche anno fa, hanno posto fortissimi limiti ai tentativi di fissare delle barriere verso un allargamento della dimensione sociale. Molto significativa è la pronuncia della Corte di Giustizia – relativa alle contestazioni ad opera della Gran Bretagna nei confronti della direttiva n. 93/104/CE sull'orario di lavoro - con la quale s'è accolta una nozione del principio di sussidiarietà (sancito al momento dall'art. 5 TCE) di tipo essenzialmente politico. La Corte di Giustizia infatti osserva che "poiché il Consiglio ha constatato la necessità di migliorare il livello esistente di tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori e di armonizzare, in una prospettiva di progresso, le condizioni esistenti in tale settore, la realizzazione di un obiettivo siffatto, mediante prescrizioni minime, presuppone necessariamente un'azione di dimensioni comunitarie"⁴⁰⁵. Il che implica che tale principio è "suscettibile di apprezzamento ampiamente discrezionale"⁴⁰⁶. Sicché, qualora la Comunità ritenga opportuna un'iniziativa legislativa nell'area della politica sociale, poiché emerge un obiettivo di armonizzazione, i provvedimenti così adottati tendenzialmente rispettano il principio di sussidiarietà e saranno difficilmente considerabili in violazione del medesimo. In altri termini, la Corte di Giustizia adotta un ragionamento per cui ogniquale volta la Commissione ritenga opportuno avviare un'iniziativa legislativa in questo campo significa che è rispettata la condizione dell'osservanza del principio di sussidiarietà.

Il secondo profilo molto importante che emerge da questa decisione è che la Corte di Giustizia ripudia con forza la lettura riduttiva del concetto di "prescrizioni minime" di cui al vecchio art. 118 A del TCE, avallata dalla Gran Bretagna. Questa, infatti, aveva sostenuto che la "disposizione autorizzerebbe il Consiglio ad adottare misure di armonizzazione soltanto ad un livello accettabile per tutti gli Stati membri e che costituisca un punto di riferimento minimo". Mentre, la Corte

⁴⁰⁴ Cfr. le sentenze citate a nota 63. Analoga indicazione proviene dalle pronunce della Corte di Giustizia con riferimento alla direttiva n. 93/104/CE del 23 novembre 1993 concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro: cfr. P. Pelissero, *Allargamento europeo*, cit., 388 ss.

⁴⁰⁵ Corte di Giustizia 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito v. Consiglio*, in *Lav. giur.*, 1997, 116, punto 47.

⁴⁰⁶ M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali*, cit., 19.

afferma che la nozione di prescrizioni minime “non pregiudica l’intensità dell’azione” che il Consiglio “può ritenere necessaria” e “significa soltanto che essa consente agli Stati di adottare norme più rigorose di quelle che sono oggetto dell’intervento comunitario”⁴⁰⁷. Con ciò si legittima la tradizionale tecnica d’intervento in materia di politica sociale, ossia quella di fissare prescrizioni minime invalicabili al ribasso – senza *chance* per la competizione regolativa e per la conseguente *race to the bottom* – e di lasciare agli Stati membri il compito di scegliere se raggiungere livelli più elevati di tutela rispetto al minimo comunitario⁴⁰⁸.

Le più recenti direttive in materia di politica sociale contengono le cosiddette clausole di non regresso che, con formulazioni variegiate, affermano, in sostanza, il principio che l’attuazione della direttiva di volta in volta considerata non possa costituire di per sé una valida giustificazione per la riduzione del livello di protezione dei lavoratori in materia già esistente nei vari Stati membri. Sulla portata delle clausole di non regresso la discussione è stata alquanto accesa, oscillando tra i poli estremi della mera valenza politica e della vincolatività giuridica vera e propria⁴⁰⁹. L’opinione fondata su argomenti più solidi pare quella secondo cui siffatte clausole avrebbero “l’obiettivo minimo comune di impedire arretramenti rispetto ai livelli nazionali di tutela previgenti all’adozione della direttiva con riguardo alle finalità della normativa comunitaria di volta in volta rilevante”⁴¹⁰. Da ultimo, la Corte di Giustizia s’è occupata per la prima volta dell’interpretazione delle clausole di non regresso a proposito della relativa disposizione contenuta nella direttiva del 29 giugno 1999, n. 99/70/CE di recepimento dell’accordo quadro europeo sul lavoro a tempo determinato. E la Corte di Giustizia sembra proprio aderire all’opinione poc’anzi segnalata: essa rimarca la vincolatività giuridica delle clausole di non regresso, e ammette possibilità di una *reformatio in peius* della normativa nazionale precedente alla trasposizione della direttiva, esclusivamente a condizione che avvenga sulla base di motivazioni diverse da quelle fondate sulla necessità di dare attuazione alla direttiva medesima⁴¹¹.

Per quanto tale pronuncia della Corte di Giustizia non risolva tutti i problemi interpretativi scaturiti dalle clausole di non regresso⁴¹², va notato che già la negazione di un loro valore meramente politico risulta funzionale alla promozione dell’effettività del diritto sociale comunitario e restringe il campo delle politiche nazionali di deregolazione competitiva.

L’attività della Corte di Giustizia di contenimento della discrezionalità dei legislatori nazionali nella trasposizione delle direttive nell’ordinamento interno⁴¹³ s’è spinta ad esaminare le modalità at-

⁴⁰⁷ Corte di Giustizia 12 novembre 1996, cit., punti 16 e 17.

⁴⁰⁸ Cfr. G.C. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, Milano, 2005, 135 ss.

⁴⁰⁹ Cfr. U. Carabelli – V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto, Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, 538 ss.

⁴¹⁰ M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali*, cit., 24.

⁴¹¹ Corte di Giustizia 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold v. Helm*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 250 ss., e cfr. i punti da 50 a 53.

⁴¹² Cfr. O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi d’età secondo la Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 268 ss.

⁴¹³ Cfr., in generale, M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali*, cit. 6 ss.; M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, 59 ss.; M. Nicolosi, *Le esternalizzazioni di attività produttive tra trasferimento di ramo d’azienda e appalto*, in *Dir. merc. lav.*, 2004, 429 ss.

tuitive della direttiva n. 99/70/CE sul lavoro a tempo determinato finanche nel settore pubblico⁴¹⁴. E la stessa Corte ha valorizzato le disposizioni del Trattato sulla cittadinanza europea per correggere la propria giurisprudenza relativa all'estensione del principio di parità di trattamento di cui godono i lavoratori migranti in ordine all'accesso all'occupazione, ponendo così ulteriori vincoli alle normative nazionali⁴¹⁵.

Né va trascurata, lungo questo percorso, l'opera del Giudice europeo che tende a dare sempre più spazio al limite del rispetto dei diritti fondamentali come barriera alla discrezionalità dei legislatori nazionali. Qui è percepibile un forte contributo della Corte di Giustizia verso la via della armonizzazione di tipo coesivo: nel momento in cui i diritti fondamentali vengono utilizzati come limite alla discrezionalità del legislatore nazionale, non residuano margini preoccupanti per deviazioni dagli *standards* protettivi fissati a livello comunitario⁴¹⁶.

Va sottolineato come, da tempo, la Corte di Giustizia sostenga che “i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito”. Questa costruzione consente alla Corte di ricorrere ai diritti fondamentali come strumenti di attenuazione della portata delle libertà economiche fondamentali del TCE. Per esempio, ciò ha permesso, nella fondamentale decisione relativa al caso *Omega*, di trarre la conclusione che “poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità sia ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera prestazione dei servizi”⁴¹⁷. Qui l'esigenza della protezione della dignità umana ha assicurato la legittimità del divieto allo sfruttamento commerciale di un gioco di simulazione di omicidi. In un altro caso, l'appello ai diritti fondamentali alla libertà di espressione e di riunione ha permesso di giustificare la legittimità della compressione della libertà di circolazione delle merci, realizzatasi a seguito di una manifestazione ambientalista comportante il blocco del traffico in un'autostrada⁴¹⁸.

Ma, come s'è appena detto, i diritti fondamentali costituiscono anche la chiave di volta per arrestare la discrezionalità del legislatore nazionale. Il diritto fondamentale alla parità di trattamento tende ad essere applicato al di là del suo ambito tradizionale di riferimento costituito dalla libera

⁴¹⁴ Cfr. Corte di Giustizia 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adelener*; 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu*; 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*; tutte nel sito *Internet curia.europa.eu*.

⁴¹⁵ Corte di Giustizia 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Collins*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1079; e cfr. M. Gnes, *Il “turismo sociale” tra scelta ed abuso del diritto europeo*, *ivi*, 1082 ss.

⁴¹⁶ Cfr. ampiamente M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali*, cit., 27 ss.; B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 779 ss.

⁴¹⁷ Corte di Giustizia 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, in *Corr. giur.*, 2005, 486 ss., punti 33 e 35. Cfr. R. Conti, *La dignità umana dinanzi alla Corte di Giustizia*, *ivi*, 488 ss.

⁴¹⁸ Corte di Giustizia 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, nel sito *Internet curia.europa.eu*. Sulla questione cfr. G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi*, in *WP, Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D'Antona”*, n. 45/2006, 22 ss.

circolazione dei lavoratori e dell'eguaglianza tra lavoratori e lavoratrici. Così, in una vertenza originata da una disparità di trattamento tra lavoratori nazionali di fonte legale, la Corte ha rammentato che "gli obblighi inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie" e che "nel novero dei diritti fondamentali figura in particolare il principio generale di uguaglianza e di non discriminazione"⁴¹⁹. E un ultimo approdo va colto nell'affermazione che "il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve pertanto essere considerato un principio generale del diritto comunitario"⁴²⁰: ciò ha permesso di censurare la legittimità di una legge tedesca che autorizzava, senza alcun limite, la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore avesse raggiunto l'età di 52 anni. Così, la Corte di Giustizia sembra essersi incamminata lungo la via dell'esplicito riconoscimento quale principio fondamentale del diritto comunitario del "principio di non discriminazione in generale"⁴²¹. Da tutto questo percorso giurisprudenziale si rinviene un tassello formidabile per suffragare il processo in corso di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali, e in particolare di quelli sociali, nell'ordinamento dell'Unione europea.

6. Trattato costituzionale europeo e diritti sociali fondamentali.

Già s'è messo in luce come grandi aspettative per un allargamento della dimensione sociale dell'Unione Europea promanano dal progetto di Trattato costituzionale europeo. Dalla lettura delle disposizioni di principio (cfr. gli artt. I-2 e I-3) sembra emergere la "volontà del legislatore comunitario di contro-bilanciare il principio fondativo originario, la creazione di un grande mercato libero e concorrenziale, con altri valori/obiettivi quali la protezione sociale, la parità, la solidarietà, l'occupazione, il progresso sociale". Sicché, tali norme "nell'abbracciare un orizzonte assiologico molto più vasto e articolato di quello in cui si muoveva il Trattato di Roma del 1957 (e i successivi), per un verso, delegittimano argomentazioni parziali improntate a considerazioni di ordine prettamente mercantile e, per altro verso, indeboliscono una pregiudiziale subordinazione delle questioni sociali rispetto a quelle economiche"⁴²².

Inoltre, l'inserimento nel Trattato costituzionale europeo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione rappresenta, come s'è accennato, un dato di estremo rilievo⁴²³. Specie se si tiene conto del fatto che vengono qualificati come fondamentali, alcuni diritti sociali basilari. Con l'entrata in vigore del Trattato, la Carta acquisterà valore giuridico vincolante e potrà dispiegare ulteriori effetti rispetto a quelli già riconosciuti al momento del suo varo e comunque alquanto significativi. Infatti, già allora, la dottrina suggeriva che la Carta dovesse servire da sostanziale para-

⁴¹⁹ Corte di Giustizia 12 dicembre 2002, causa C-442/00, *Caballero*, nel sito *Internet curia.europa.eu*, punti 30 e 32.

⁴²⁰ Corte di Giustizia 22 novembre 2005, cit., punto 75.

⁴²¹ Così, O. Bonardi, *Le clausole*, cit., 277; e cfr. anche S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in WP Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona", n. 44/2006, 17 ss.

⁴²² Così, F. Bano, *L'Europa sociale*, cit., 825; e cfr. U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 70 s.

⁴²³ Cfr. S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali*, cit., 559; S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in *Quad. cost.*, 2004, 296 ss.

metro di riferimento per l'azione di tutti gli attori comunitari, e in particolare per la Corte di Giustizia⁴²⁴. Tale soluzione venne subito recepita, quantomeno nell'ambiente della Commissione e da parte degli Avvocati generali presso la Corte di Giustizia; e, di recente, anche dal Tribunale di primo grado⁴²⁵. La Corte di Giustizia, invero, s'è dimostrata particolarmente riottosa ad applicare la Carta e ha risolto le controversie ad essa sottoposte senza alcun riferimento a tale atto, nonostante le insistenze degli Avvocati generali. Per questo motivo, va valutata con grande attenzione un'ultima decisione della Corte in cui, per la prima volta, è esplicitamente richiamata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; seppure in forma attenuata: e cioè, solo per confermare quanto previsto dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, e non quale *ratio decidendi* per giustificare la pronuncia resa⁴²⁶. Si tratta di un primo passo denso di sviluppi di notevole portata.

Orbene, è evidente come, con l'acquisizione di piena forza giuridica cogente, i diritti sociali fondamentali potranno svolgere un ruolo ancora più pregnante e orientare la fissazione in termini precisi dei punti di contemperamento tra le istanze sociali ed economiche, ogniqualvolta gli organi comunitari si troveranno di fronte a problemi del genere. In questo modo, i diritti sociali fondamentali troveranno esplicita consacrazione, proprio perché aventi la natura di diritti, di limiti insormontabili, almeno nel loro nucleo essenziale, da parte delle libertà economiche. In altri termini, alla stregua dell'art. II-112 del progetto di Trattato costituzionale, il bilanciamento tra diritti sociali fondamentali e libertà economiche del TCE dovrà sempre preservare il contenuto essenziale dei medesimi diritti sociali fondamentali e, comunque, tendere a riconoscere la loro posizione preminente.

Sicché, non sarà più possibile, come invece accaduto nel noto caso *Albany*, che la Corte di Giustizia sia costretta a configurare la contrattazione collettiva (non come un diritto ma, in termini più riduttivi) come una specie di esenzione dall'influenza del diritto comunitario della concorrenza, purché essa persegua determinati fini: e cioè, attribuendo ad essa il fragile statuto giuridico delle immunità⁴²⁷. In buona sostanza, la presenza nel Trattato di un catalogo di diritti sociali fondamentali dovrebbe impedire qualsiasi tentativo di sottoporre le politiche sociali degli Stati membri al controllo comunitario esclusivamente in nome del diritto della concorrenza⁴²⁸. È quindi presumibile che l'attività interpretativa della Corte di Giustizia e quella legislativa delle istituzioni comunitarie trarranno ampia linfa da siffatta innovazione.

Una prova di tale assunto è già rinvenibile nelle affermazioni contenute in un'importante decisione della Corte di Giustizia. Benché la Corte nella sentenza non faccia alcuna menzione della

⁴²⁴ Cfr., per tutti, S. Rodotà, *La Carta come atto politico e come documento giuridico*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, 57 ss.

⁴²⁵ Cfr. A. Celotto – G. Pistorio, *L'efficacia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2005, II, 427 ss.; G. Scala, *L'emergere della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2002, 254 ss.

⁴²⁶ Cfr. Corte di Giustizia 27 giugno 2006, Causa C-540/03, nel sito *Internet curia.europa.eu*, punto 38.

⁴²⁷ Cfr. Corte di Giustizia 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 225 ss. e ivi la nota di M. Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*; M. Barbera, *La Carta e le politiche sociali europee*, cit., 51 ss.; O. De Schutter, *The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination*, in *Jean Monnet Working Paper*, 2004, 25 ss.

⁴²⁸ Cfr. P. Tosi – F. Lunardon, *Introduzione*, cit., 181 ss.; M. Roccella, *Tutela del lavoro*, cit., 62 s.; G. Santoro Passarelli, *La ragioni*, cit., 98; F. Ravelli, *Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 303 ss.

Carta, è logico ritenere che essa sia stata sicuramente influenzata dalle conclusioni dell'Avvocato generale basate esplicitamente sull'inquadramento del diritto alle ferie annuali retribuite nella categoria dei diritti sociali fondamentali e sul riferimento alla Carta dei diritti come "la più qualificata e definitiva conferma della natura di diritto fondamentale che riveste il diritto a ferie annuali retribuite"⁴²⁹. Così, la Corte dice che "il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite va considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario al quale non si può derogare" e che "il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico"⁴³⁰. Da ciò si evince la predisposizione di adeguati materiali per la costruzione di un solido argine al dispiegarsi del fondamentalismo liberista⁴³¹.

Va poi rimarcato che la costituzionalizzazione dei diritti sociali produce l'indubbio effetto di fissare barriere invalicabili al *dumping sociale* e alla competizione regolativa ad opera degli Stati membri nonché di impedire interventi legislativi comunitari che scendano al di sotto della soglia così stabilita⁴³².

Nel lungo periodo, e insieme agli indispensabili interventi sul piano dello sviluppo economico, i diritti fondamentali potranno contribuire a favorire l'armonizzazione dei diritti nazionali. Tuttavia, il senso di questa affermazione deve essere precisato, in quanto bisogna tenere conto che il Trattato costituzionale adotta un "criterio di sussidiarietà costituzionale" al rialzo⁴³³. L'art. II-113 del Trattato costituzionale europeo dice che "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare la convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri".

Sicché, la disposizione "positivizza espressamente il criterio della prevalenza dello *standard* più elevato di tutela"⁴³⁴ che può rintracciarsi sia nel Trattato costituzionale europeo sia nelle Costituzioni nazionali. Vero è pertanto che al posto di una "armonizzazione delle tradizioni costituzionali nazionali mediante *hard law*, il diritto comunitario individua dei diritti-parametro i quali consentono agli Stati di preservare un legittimo grado di differenziazione degli ordinamenti interni e alle istituzioni comunitarie di controllare che i processi di *regulatory competition* non degenerino in una mera corsa al ribasso, incoraggiando processi cooperativi e di mutuo apprendimento"⁴³⁵. In questo modo, dovrebbe scattare un meccanismo d'interazione tra Corti nazionali e comunitaria, tra legislatori nazionali ed europeo tale da realizzare un circolo virtuoso in cui lo *standard* più

⁴²⁹ Cfr. G. Bronzini – G. Cannella, *Europa: una conferma dell'efficacia della Carta dei diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2001, 798 ss. e *ivi* le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano riportate nel testo; e cfr. anche G. Scala, *L'emergere*, cit., 254 ss.

⁴³⁰ Corte di Giustizia 26 giugno 2001, causa C-173/99, *Bectu v. Segretary of State for Trade and Industry*, in *Giur. it.*, 2002, 250 ss., punti 43 e 59.

⁴³¹ Cfr. S. Sciarra, *Norme imperative*, cit., 11 ss.

⁴³² Cfr. F. Bano, *L'Europa sociale*, cit., 830; G. Santoro Passarelli, *Le ragioni*, cit. 95 ss.; G. Proia, *Lavoro e Costituzione europea*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 525 ss.

⁴³³ M.V. Ballestrero, *Brevi osservazioni su Costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in *Lav. dir.*, 2000, 568.

⁴³⁴ S. Giubboni, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Quad. dir. rel. ind.*, n. 27, 2004, 27.

⁴³⁵ F. Bano, *L'Europa sociale*, cit., 833.

elevato di tutela, di volta in volta prevalente, svolgerebbe una funzione propulsiva e diffusiva. Per esempio, la Corte di Giustizia resterebbe senza dubbio influenzata dalla circostanza che in alcune decisioni abbia dato prevalenza ad una data misura di tutela più elevata rispetto a quella che, in casi simili, dovrebbe affermare. Nell'ambito di questo circuito comunicativo, è probabile che i diritti fondamentali europei subiscano una torsione interpretativa verso l'alto e inducendo quindi un'armonizzazione al rialzo dei livelli di protezione sociale assicurati dagli ordinamenti nazionali.

È stato autorevolmente osservato che “la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali fornisce la base per un rafforzamento di *status* e per un allargamento di ambito che permetta al diritto europeo di sostenere i nuovi compiti di tutela e di promozione richiesti per rilanciare il suo ruolo”. Più precisamente, è evidente che “al fondamento costituzionale di questo diritto del lavoro allargato devono far seguito pratiche legislative e amministrative coerenti”. Ma è pure vero che “la costituzionalizzazione dei diritti le legittima e può attivare innovazioni più coraggiose nelle varie direzioni: per l'allargamento delle tutele ai nuovi lavori, per la concertazione e per la costruzione di istituzioni partecipate sul territorio e per lo stesso rafforzamento delle *guidelines* e delle politiche attive sul mercato del lavoro”⁴³⁶.

Peraltro, bisogna chiedersi se è fondato il timore che l'eventuale passaggio della *governance* europea a metodi meno rigidi di quello classico possa contribuire, se non ad affievolire la portata dei diritti sociali fondamentali, quantomeno a sterilizzarne la portata. A questa domanda pare possibile rispondere in senso negativo, poiché la storia dimostra che i diritti fondamentali, una volta riconosciuti anche solo in via politica-programmatica, possiedono una intrinseca forza tale da sviluppare un'incidenza diffusa nell'ordinamento di riferimento innestando reazioni a catena⁴³⁷.

Al riguardo si discute del rapporto tra il metodo aperto di coordinamento e i diritti sociali fondamentali nonché della sottoposizione di tale approccio regolativo al controllo della Corte di Giustizia. Rispetto al primo punto, è inevitabile pensare che i diritti sociali fondamentali condizioneranno le scelte concrete che saranno adottate. Nulla impedisce di immaginare, almeno – com'è stato suggerito per quanto concerne le politiche per l'occupazione e l'inclusione sociale - “che la redazione dei piani nazionali da sottoporre al vaglio delle istituzioni europee dedichi spazio, oltre che ad indicare gli adempimenti in vista del coordinamento delle politiche, anche ad una verifica circa il rispetto dei diritti fondamentali”, con lo stabilire “un immediato affiancamento fra procedure di *soft law* e monitoraggio dello stato di attuazione dei diritti fondamentali negli ordinamenti nazionali”⁴³⁸. Né è esclusa la possibilità di una virtuosa utilizzazione del metodo aperto di coordinamento per vigilare sul rispetto dei diritti sociali fondamentali⁴³⁹. In ordine al secondo aspetto, il quadro è più incerto, ma l'esperienza dimostra come la Corte di Giustizia sia intervenuta in

⁴³⁶ T. Treu, *Le regole sociali europee*, cit., 45.

⁴³⁷ Cfr. A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, in *Giur. cost.*, 2001, 194 ss.; O. Kahn-Freund, *L'incidenza delle Costituzioni sul diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 77 ss.

⁴³⁸ S. Sciarra, *La costituzionalizzazione*, cit., 298.

⁴³⁹ Cfr. G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi*, in WP, Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D'Antona”, n. 45/2006, 49; S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali*, cit., 12 ss.

passato nel sottoporre alle proprie valutazioni vari prodotti del *soft law* comunitario; e quindi è presumibile che ciò avverrà anche per i prodotti del metodo aperto di coordinamento⁴⁴⁰.

Da tali osservazioni emerge una valutazione prudente della nuova tecnica regolativa costituita dal metodo aperto di coordinamento, quale risorsa per affrontare il problema del governo di una società sempre più complessa. In questo senso, il metodo aperto di coordinamento è sicuramente uno degli strumenti adeguati per “vincere la sfida della diversità”, purché la sua utilizzazione avvenga sinergicamente con l’apparato dei diritti sociali fondamentali e cioè tenendo conto dei valori essenziali alla base del modello sociale europeo⁴⁴¹.

7. La competizione regolativa, la proposta di direttiva Bolkenstein, il distacco dei lavoratori.

I fantasmi della competizione regolativa al ribasso tra i vari sistemi giuridici nazionali sono di recente riapparsi a seguito della proposta di direttiva relativa ai servizi nel mercato interno, presentata dal commissario europeo Bolkenstein e che, nel linguaggio corrente, viene appunto indicata con il nome del suo proponente⁴⁴².

La proposta Bolkenstein, nel suo nucleo essenziale, mira ad assoggettare le prestazioni di servizi da uno Stato membro ad un altro al “principio del paese d’origine”. E ciò, equivale a dire che “i prestatori di servizi sono soggetti esclusivamente alle disposizioni nazionali dello Stato membro d’origine”; ovvero viene permesso “al prestatore di fornire un servizio in uno o più Stati membri diversi da quello d’origine senza essere sottoposto alle normative di quest’ultimi”. Di fatto, tale proposta tende ad estendere alla circolazione dei servizi il principio del mutuo riconoscimento applicato in vari settori del diritto comunitario, pur nella particolare versione del principio del paese d’origine. Il progetto ha subito critiche fortissime e una vasta opposizione sul piano sociale proprio perché accusato di favorire la competizione regolativa al ribasso tra i vari ordinamenti nazionali⁴⁴³. A tal punto che è stato emendato, anche se le modifiche apportate lasciano aperti molti interrogativi. La nuova proposta di direttiva relativa ai servizi nel mercato interno⁴⁴⁴ abbandona il principio del paese d’origine, ma resta imperniata sul principio del mutuo riconoscimento, che viene accolto, quanto alla libertà di circolazione dei servizi, con modalità analoghe a quelle in uso per la libera circolazione delle merci⁴⁴⁵.

Per ciò che concerne l’area del diritto del lavoro, va detto che la libera prestazione dei servizi implica necessariamente la circolazione dei lavoratori da uno Stato membro ad un altro: e ciò si

⁴⁴⁰ Cfr. M. Barbera, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell’ordinamento europeo*, in *Lav. dir.*, 2005, 349 ss.

⁴⁴¹ Cfr. S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali*, cit., 12 ss.; F. Ravelli, *Il coordinamento*, cit., 39 ss.; G. Orlandini, *Diritto di sciopero*, cit., 49 ss.; G.P. Cella, *Governance europea*, cit., 47 s.; M. Barbera, *I problemi teorici e pratici posti dal metodo di coordinamento aperto delle politiche sociali*, in *Nuove forme di regolazione*, cit., 1 ss.

⁴⁴² Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, Com (2004) 2 def. del 25 febbraio 2004.

⁴⁴³ Cfr. A. Lo Faro, “*Turisti e vagabondi*”: *riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell’impresa senza confini*, in *Lav. dir.*, 2005, 461 ss.; A. Heimler, *La direttiva Bolkenstein*, in *Mercato conc. reg.*, 2006, 95 ss.

⁴⁴⁴ Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, Com (2006) 160 def. del 4 aprile 2006.

⁴⁴⁵ Cfr., ampiamente, M. Pallini, *La proposta di direttiva Bolkenstein: tanto rumore per nulla?* dattiloscritto, 2006, 12 ss.

realizza proprio attraverso il distacco temporaneo all'estero dei dipendenti di un'impresa, stabilita in un determinato Stato membro, per eseguire lavori nel territorio di un altro Stato membro. Di fronte a questi fenomeni di distacco temporaneo s'è posto, da tempo, il problema di quali fossero le regole nazionali in materia di diritto del lavoro applicabili a tali situazioni. È evidente come il totale dispiegamento della libertà di circolazione dei servizi avrebbe svolto, in casi del genere, la funzione di una sorta di Cavallo di Troia per provocare effetti di *dumping* sociale all'interno dei singoli mercati nazionali del lavoro. Dopo qualche iniziale titubanza, la Corte di Giustizia ha risposto con decisione al suddetto interrogativo, nella fondamentale decisione *Rush Portuguesa*, affermando che "il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal Paese in cui è stabilito il datore di lavoro"⁴⁴⁶. Per evitare un'applicazione fin troppo massimalista di tale principio, dopo un tormentato iter, è stata varata la direttiva n. 96/71/CE del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi⁴⁴⁷. La direttiva n. 96/71/CE parte dall'idea che lo "sviluppo della prestazione transnazionale di servizi esige un clima di leale concorrenza e misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori". Sicché, essa persegue l'obiettivo che a tutti i lavoratori presenti in un determinato mercato nazionale del lavoro, anche se distaccati da un'impresa stabilita nel territorio di un altro Stato membro, sia attribuito lo stesso trattamento in relazione ad alcune primarie condizioni di lavoro e di occupazione, fissate dalla normativa di fonte legale o derivante dalla contrattazione collettiva. Essa, pertanto, non armonizza le regole applicabili nei vari Paesi, nell'ipotesi di distacco temporaneo, ma stabilisce i criteri per identificare le suddette regole. Così, la direttiva n. 96/71/CE, nel suo campo di applicazione, integra le disposizioni della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁴⁴⁸.

Beninteso, va sottolineato che la direttiva n. 96/71 non garantisce di per sé la piena applicazione del diritto del lavoro dello Stato membro ospitante ai dipendenti distaccati dall'impresa stabilita in altri Stati membri. Questo perché essa impone che ai lavoratori distaccati siano applicati solo alcuni istituti del diritto del lavoro dello Stato membro ospitante. Inoltre, essa consente l'estensione ai lavoratori distaccati di altri istituti, a discrezione di ogni Stato membro ospitante, ma sotto la condizione della verifica della presenza di alcuni requisiti da essa determinati e perciò affidando il giudizio finale alla Corte di Giustizia. In molte ipotesi, quindi, può restare incerto il diritto nazionale in concreto applicabile⁴⁴⁹. Peraltro, è possibile che, più ampi sono i differenziali tra gli istituti lasciati scoperti dalla normativa nazionale traspositiva della direttiva, più è esteso lo spazio per

⁴⁴⁶ Corte di Giustizia 27 marzo 1990, causa C-113/89, *Rush Portuguesa v. Office national d'immigration*, nel sito Internet curia.europa.eu, punto 18.

⁴⁴⁷ Cfr. G. Balandi, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 20, 1998, 115 ss.

⁴⁴⁸ Così, M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 121 ss.; ma cfr. anche G. Orlandini, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza*, in *Arg. dir. lav.* 1999, 479 ss.

⁴⁴⁹ Cfr. A. Lo Faro, "Turisti e vagabondi", cit., 465 ss.; M. Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkenstein?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 241 ss.

una competizione sulle condizioni di lavoro tra i vari Stati membri. Vale a dire una concorrenza tra gli ordinamenti lavoristici di quest'ultimi⁴⁵⁰.

D'altra parte, nella direttiva n. 96/71/CE confluiscono varie *rationes*: da un lato, l'esigenza di garantire la libera prestazione dei servizi; dall'altro, la tutela dei lavoratori distaccati, quale strumento che indirettamente evita che la concorrenza sia falsata tramite il *dumping* sociale⁴⁵¹. È percepibile che, dietro l'apparente finalità di proteggere i lavoratori distaccati, la normativa nazionale traspositiva possa, in realtà, mirare a preservare il proprio mercato del lavoro e le capacità concorrenziali delle imprese locali: con ciò perseguendo un obiettivo protezionistico tale da comprimere eccessivamente la libertà di prestazione dei servizi. È importante notare come la Corte di Giustizia abbia fornito un'indicazione di metodo nel valutare la compatibilità della normativa nazionale sul distacco transfrontaliero con le norme del TCE in tema di libera prestazione dei servizi; indicazione che dovrebbe essere mantenuta quando si tratterà di verificare la conformità con la direttiva n. 96/71/CE della normativa nazionale traspositiva. Infatti, la Corte, tra i vari parametri di giudizio, ha sancito che ciò che conta è che il lavoratore distaccato goda di una "tutela sostanzialmente analoga" rispetto al lavoratore nazionale, indipendentemente dalla fonte di tale protezione; se la legge dello Stato ospitante o quella dello Stato di stabilimento dell'impresa datrice di lavoro distaccante⁴⁵². Si può dire che tale criterio, pur imponendo al giudice nazionale di rinviare un compito di valutazione non sempre facile, di fatto contribuisce comunque ad evitare il *dumping* sociale e a sollecitare un'armonizzazione verso l'alto delle condizioni di lavoro tra Paesi membri importatori e Paesi membri esportatori di manodopera. In questa direzione rilevante sarà il ruolo della Corte di Giustizia che fin d'ora ha manifestato una notevole attenzione nel bilanciare esigenze economiche e sociali: e che sovente, seppure dietro il formale paravento di garantire le libertà economiche, ha in sostanza assicurato pregnante tutela anche a valori sociali⁴⁵³.

La nuova proposta di direttiva relativa ai servizi nel mercato interno, come si desume dal *Considerando* 41 bis (e dal successivo art. 17), esclude dall'applicazione dei propri principi "le condizioni di lavoro e di occupazione che, in conformità della direttiva n. 96/71/CE, si applicano ai lavoratori distaccati per prestare un servizio nel territorio di un altro Stato membro". Inoltre, l'art. 3, comma 1, della medesima stabilisce espressamente che, in caso di conflitto tra le disposizioni della nuova proposta con quelle della direttiva n. 96/71/CE, sono quest'ultime a prevalere. Perciò, grazie a tali statuizioni e all'abrogazione di altri enunciati, la nuova proposta di direttiva sembra avere fugato i dubbi suscitati dall'originario progetto Bolkenstein accusato di contenere previsioni tali da rendere fatiscenti le tutele assicurate dalla direttiva n. 96/71/CE. Semmai, come s'è già visto, la debolezza è già nella stessa direttiva n. 96/71/CE che abbisognerebbe di un'adeguata manutenzione proprio per rimuovere tutti gli ostacoli e le incertezze relativi alle condizioni di lavoro

⁴⁵⁰ Cfr. M. Pallini, *La proposta di direttiva*, cit., 44 ss.

⁴⁵¹ Cfr. M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 124 s.; P. Davies, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems*, in *Common Market Law Review*, 1997, 571 ss.; Id., *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, 2002, 298 ss.; R. Giesen, *Posting: Social Protection of Workers vs. Fundamental Freedoms?*, in *Common Market Law Review*, 2003, 143 ss.

⁴⁵² Corte di Giustizia 23 novembre 1990, cause C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, nel sito *Internet curia.europa.eu*, punto 51; più ampiamente cfr. M. Pallini, *La proposta di direttiva*, cit., 33 ss.

⁴⁵³ Cfr. P. Tosi – F. Lunardon, *Introduzione*, cit., 180 ss.; M. Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, 25 ss.; S. Simitis, *Fine o rinascita*, cit., 527 ss.; G.F. Mancini, *La Corte di Giustizia: uno strumento per la democrazia nella Comunità europea*, in *Il Mulino*, 1993, 595 ss.

applicabili ai lavoratori distaccati ancora esistenti e avallati dalla sua formulazione alquanto elastica.

Per giunta, la nuova proposta, all'art. 1, comma 7, sancisce che "la presente direttiva non reca pregiudizio all'esercizio dei diritti fondamentali quali riconosciuti dagli Stati membri e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, incluso il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere un'azione sindacale". Tale disposizione fornisce un significativo contributo all'attribuzione di forza cogente alla Carta di Nizza e comunque costruisce un solido appiglio sulla via dell'affermazione dei diritti sociali fondamentali quali barriere invalicabili, nel loro nucleo essenziale, o quantomeno come parametri imprescindibili di bilanciamento, in rapporto alle libertà economiche del TCE. La pregnanza della suddetta disposizione non è da sottovalutare, tenendo conto che al momento si discute se le libertà economiche del TCE possano porre limiti all'esercizio dei diritti di sciopero e di altre forme di autotutela collettiva, per quanto essi siano pienamente garantiti all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati membri. La soluzione più ragionevole appare quella di ritenere la primazia dei diritti di autotutela collettiva e di lasciare immune la sovranità nazionale in materia di fronte alle pressioni esercitate dalle libertà economiche fondamentali del TCE. Vari argomenti depongono in tal senso: uno di questi, come si desume dall'art. 137 del TCE, è l'attuale assenza di competenza regolativa, dell'Unione al riguardo e perciò ogni forma d'interferenza con tali diritti di autotutela assumerebbe la portata di una vera e propria invasione delle prerogative dei legislatori nazionali⁴⁵⁴.

Quanto resti importante il livello di regolazione comunitario è infine dimostrato dalla vicenda della direttiva n. 95/46/CE del 24 ottobre 1995, "relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati". La direttiva è fondata sulla base giuridica costituita dal vecchio art. 100 A del TCE. Infatti, l'esigenza di proteggere le persone rispetto ai pericoli sorgenti dal trattamento dei loro dati personali è rappresentata come uno strumento per eliminare gli ostacoli alla libera circolazione degli stessi dati. Quindi, la protezione della persona, a prima vista, costituisce un obiettivo secondario, da raggiungere per via indiretta. In realtà, nonostante la discreta dose di ambiguità presente nella sua formulazione⁴⁵⁵, la direttiva ha rappresentato un formidabile mezzo attraverso cui diversi Stati membri (tra cui, *in primis*, l'Italia) sono stati costretti ad introdurre una disciplina della protezione dei dati personali orientata in funzione garantista e a porre fine al precedente regime di libertà assoluta tale da permettere di parlare di tali Paesi come di "paradisi dei dati" al pari dei più noti "paradisi fiscali". Sicché, la direttiva n. 95/46/CE ha creato le basi per un'efficace garanzia, in particolare, del diritto alla protezione dei dati personali che, solo in seguito, nella Carta di Nizza, ha trovato consacrazione quale diritto fondamentale dell'Unione europea. E inoltre la direttiva medesima ha indotto un processo di pregnante armonizzazione verso l'alto delle singole legislazioni nazionali in materia. Processo che assume carattere permanente, grazie ai meccanismi di controllo da essa creati sull'applicazione, a livello nazionale, delle sue disposizioni⁴⁵⁶. Il che conferma come la realizzazione del mercato unico, senza ostacoli alla libera concorrenza, possa essere per-

⁴⁵⁴ Cfr., ampiamente, G. Orlandini, *Diritto di sciopero*, 3 ss.; M. Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm*, cit., 248.

⁴⁵⁵ Cfr. S. Simitis, *From the Market to Polis: the EU Directive on the Protection of Personal Data*, in *Iowa Law Review*, 1995, 445 ss.

⁴⁵⁶ Cfr. la *Relazione 2005* del Garante per la protezione dei dati personali, Roma, 2006, 139 ss.: la *Relazione 2004*, Roma, 2005, 140 ss. e la *Relazione 2003*, Roma 2004, 14 ss.

seguita con un approccio che privilegi un'armonizzazione con elevati *standards* di tutela dei cittadini.

Infine, va rimarcato che un contributo decisivo all'abbandono dell'originaria proposta Bolkenstein è stato dato dall'enorme opposizione che essa ha incontrato, a livello europeo, da parte di organizzazioni di lavoratori, ambientaliste e politiche, tutte preoccupate della deriva deregolativa che essa avrebbe potuto innescare e dell'eccesso di fiducia negli *animal spirits* del mercato di cui si faceva portatrice. Bisognerà vedere quale sarà il prodotto finale per fornire un giudizio completo. Però, fin d'ora, si può dire che questa vicenda dimostra come il passaggio dall'Europa dei mercanti all'Europa dei cittadini non possa essere lasciato alla decisione di centri di potere lontani (com'è talvolta la burocrazia tecnocratica europea) dalle esigenze dei cittadini in carne ed ossa, che vivono in prima persona gli effetti di queste scelte. E inoltre che tale passaggio può essere stimolato, in modo risolutivo, dall'azione di tutti quei soggetti collettivi, vecchi e nuovi, che assumano l'impegno primario di difendere i bisogni di protezione dei diritti fondamentali dei cittadini europei⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ Cfr. G. Azzariti, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Pol. dir.*, 2003, 340 s.; S. Sciarra, *Globale e locale: prove di razionalità per il diritto del lavoro*, in *Soc. dir.*, 2004, 41 s.; S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali*, cit., 569.