



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Giovanni Orlandini

***Diritto di sciopero, azioni collettive
transnazionali e mercato interno dei servizi:
nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto
sociale europeo***

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 45/2006



© Giovanni Orlandini 2006
Facoltà di Scienze politiche – Università di Siena
orlandini11@unisi.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo

Giovanni Orlandini
Università di Siena

1. Introduzione.....	3
Parte I.....	6
1.1 L'efficacia orizzontale diretta dell'art.49 TCE	6
1.2. Misure collettive o (anche) atti individuali?	11
1.3 Conclusioni (aperte) sul problema dell'efficacia orizzontale dell'art.49 TCE.....	13
2. Il controllo indiretto sugli atti dei privati: la responsabilità statale.....	16
3. Giustificazioni e diritti fondamentali.....	19
4. Legge applicabile e direttiva sul distacco. La legittimità dell'azione collettiva dei lavoratori distaccati.	25
4.1. A proposito del caso Laval-Vaxholm. Legge applicabile ed azione collettiva dei lavoratori dello Stato ospitante	29
Parte II.....	32
1.1. Quale diritto di sciopero? Un diritto fondamentale senza base normativa	32
1.2. I limiti interni dell'azione collettiva comunitaria.	34

2. Il bilanciamento tra azione collettiva e "altri" diritti e libertà fondamentali	39
2.1 Una diversa prospettiva	41
2.2 Oltre il diritto di sciopero	45
3. Verso un cambiamento nell'approccio comunitario al conflitto?	48
4. Divagazioni sul tema. Il fondamento procedurale del diritto all'azione collettiva.	50

1. Introduzione

La compagnia di navigazione Viking Line Abp utilizza la nave "Rosella" per trasportare merci e passeggeri da Helsinki a Tallin. Seguendo una prassi ben nota, la Viking, nel novembre 2003, decide che, adottando la bandiera estone, la sua nave potrebbe acquistare un vantaggio competitivo rispetto alle altre che percorrono la stessa rotta. Il cambio di bandiera consente di assumere marinai estoni e, soprattutto, di applicare all'equipaggio i trattamenti legali e contrattuali del paese baltico, assai più convenienti rispetto a quelli finlandesi. Anche il sindacato finlandese (FSU) segue una prassi ben nota ai marittimi scandinavi e, con il sostegno dell'ITF (*International Transport Federation*), organizza un'azione collettiva tesa ad impedire il cambio di bandiera e ad indurre la Viking a riconoscerlo come controparte contrattuale. La novità è che l'Estonia dal maggio 2004 è uno Stato membro dell'UE e la mobilitazione sindacale impedisce alla compagnia finlandese di esercitare il diritto di scegliere liberamente dove stabilirsi, in forza dell'art.43 TCE e, conseguentemente, di erogare servizi all'interno del mercato comunitario ai sensi dell'art.49 TCE. Per questo motivo la Viking ricorre contro l'FSU e l'ITF davanti alla Commercial Court di Londra (competente in ragione della sede legale dell'ITF), ed ottiene un'*injunction* che ordina la sospensione dell'azione collettiva. La Corte d'appello, in sede d'impugnazione dell'*injunction*, rimette alla Corte di Giustizia la soluzione del problema della legittimità dell'azione sindacale ai sensi del diritto comunitario¹.

Pochi mesi prima che il caso Viking finisse all'attenzione della Corte di Giustizia, l'impresa edile lettone Laval vinceva un appalto per ristrutturare una scuola a Vaxholm, cittadina vicino a Stoccolma. La Laval impiega lavoratori lettoni ed applica loro le condizioni di lavoro ed il trattamento economico contrattualmente concordato con il sindacato baltico. Il sindacato svedese degli edili (*Byggnads*) chiede di essere riconosciuto come controparte e di siglare un contratto collettivo che estenda ai lavoratori lituani gli stessi trattamenti previsti per i lavoratori svedesi. Davanti al rifiuto della Laval, viene organizzato uno sciopero che, sorretto da picchettaggi e dall'azione di solidarietà del sindacato degli elettrici, blocca l'attività dell'impresa. Quest'ultima decide allora di

¹ Causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation (ITWF) and Finnish Seamen's Union (FSU) v Viking Line ABP and Viking Line Eesti*. Per un commento alla sentenza di rinvio della Court of Appeal (*Viking Line ABP v International Transport Workers' Union* [2005] EWCA Civ 1299, IRLR 2006, 58 ss. e CMLR 2006, 27 ss.) cfr. A.C.L. Davies, *The Right to Strike Versus Freedom of Establishment in EC Law: The Battle Commences*, ILJ 2006, 75 ss.

ricorrere al giudice svedese contestando la legittimità dell'azione sindacale, lesiva della libertà di prestare servizi garantita dall'art.49 TCE nonché delle disposizioni contenute nella direttiva 96/71/CE, che disciplina il rapporto dei lavoratori coinvolti in appalti di servizi transnazionali. Si sostiene che la Svezia non ha attuato la direttiva imponendo il rispetto da parte delle imprese straniere dei contratti collettivi svedesi, ragion per cui deve considerarsi illegittima l'azione collettiva attuata per perseguire tale finalità. Anche in questo caso la soluzione del problema della legittimità dell'azione collettiva ai sensi dei principi deducibili dall'art.49 TCE è rimessa alla Corte di Giustizia².

Le regole che sovrintendono al funzionamento del mercato interno pongono al centro dell'attenzione delle istituzioni comunitarie un tema, quello del conflitto sindacale, da esse colpevolmente ignorato perchè (a torto) ritenuto confinabile nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali. I casi all'attenzione della Corte impongono di interrogarsi sul problema dello spazio e del significato che l'UE intende riconoscere all'azione collettiva nelle dinamiche dell'integrazione europea. Un tema a sua volta connesso con il problema più generale relativo al rapporto tra libertà economiche e diritti sociali che si va definendo nell'ordinamento comunitario.

L'intento di queste pagine non è ovviamente quello di anticipare la Corte entrando nel merito delle specifiche e distinte questioni sollevate dai giudici nazionali nei casi ora richiamati, ma di cercare di fornire un quadro dei principali nodi problematici che è indispensabile sciogliere per affrontare un problema di decisiva importanza per i futuri assetti dell'UE. S'intende in particolare porre l'attenzione sulle regole che guidano la piena integrazione del mercato interno dei servizi per valutare se ed in che misura queste incidono sull'esercizio dell'autotutela collettiva, sia quando questa è attuata all'interno degli ordinamenti nazionali che quando assume un carattere transnazionale, coinvolgendo lavoratori di diversi Stati membri. Si tratta di rispondere alla domanda circa lo spazio che, allo stato attuale del processo d'integrazione europea, è riconosciuto all'azione dei sindacati e dei lavoratori "comunitari" posta in essere per contrastare strategie di esternalizzazione dei servizi operate fuori dai confini nazionali e per ridurre gli effetti che l'internazionalizzazione del

² Causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Avdelning 1 of the Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Elektrikerförbundet*. La sentenza di rinvio del Tribunale svedese (Swedish Labour Court Decision 2005, n.49) è pubblicata in RIDL 2006, II, 229 ss. con nota di M. Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*. Cfr. anche il commento alla sentenza di R.Eklund, *The Laval Case*, ILJ 2006, 202 ss., che fornisce il quadro della peculiare normativa svedese applicata all'azione sindacale che ha dato origine al caso Laval-Vaxholm

mercato dei servizi inevitabilmente comporta sui mercati del lavoro nazionali.

A tal fine, nella prima parte del presente scritto si renderà conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'art.49 TCE per valutare se ed in che modo l'attuazione di azioni collettive possa rientrare nell'ambito di applicazione di quella norma. In particolare si affronterà il tema della c.d. "efficacia orizzontale diretta" della stessa, ovvero della possibilità di considerare tenuti al rispetto della libertà di circolazione dei servizi, e dei principi elaborati intorno ad essa dalla Corte di Giustizia, non solo gli Stati membri ma anche i soggetti privati (*par.1.1; 1.2; 1.3*). Si chiarirà poi come la rilevanza degli atti privati per il diritto del mercato interno dei servizi possa derivare anche dal principio della "responsabilità indiretta" degli Stati, elaborato dalla Corte in materia di libertà di circolazione delle merci (*par.2*). Proprio la giurisprudenza in materia di "responsabilità indiretta" segnala come la Corte, nel valutare se il comportamento dello Stato possa giustificarsi in nome del rispetto di un diritto fondamentale, finisca per operare un bilanciamento tra quest'ultimo e libertà economica fondamentale che si ritiene lesa (*par.3*).

Ulteriori scenari di incidenza del mercato interno dei servizi sull'esercizio dell'azione collettiva sono configurati dai principi relativi alle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi. Si cercherà di capire se ed in che modo tali principi, elaborati dalla Corte di Giustizia e recepiti dalla direttiva 96/71/CE, possano essere invocati in caso di sciopero posto in essere sia dai lavoratori distaccati (*par.4.1*) che dai lavoratori dello Stato ospitante (*par. 4.2*).

La configurazione di uno scenario nel quale gli atti collettivi dei privati sono attratti nell'ambito di applicazione dell'art.49 TCE, imporrà, nella seconda parte, di passare dal piano degli effetti dell'integrazione "negativa" a quello dei possibili spazi per un'integrazione "positiva", affrontando il tema del riconoscimento del diritto all'azione collettiva nell'ordinamento comunitario; un passaggio indispensabile per giustificare l'esercizio a fronte dei vincoli posti dal mercato interno. Ciò suggerirà di analizzare la nozione che di quel diritto è stata adottata nella Carta di Nizza, vista la rilevanza che ad essa è ormai riconosciuta nell'ordinamento comunitario indipendentemente dalle incerte vicende che interessano il processo di costituzionalizzazione dei Trattati (*par.1.1; 1.2*). Il confronto tra tale diritto e libertà di circolazione dei servizi prospetta scenari diversi a seconda dell'equilibrio che s'intende riconoscere nell'ordinamento europeo tra regole del mercato e autonomia collettiva dei lavoratori organizzati (*par.2*). Nella parte finale del saggio si suggerisce che l'ordinamento comunitario potrebbe diventare un terreno

d'elezione per far emergere più ampi spazi di libertà per l'autonomia collettiva (*par.3.1; 3.2; 4*) e che le teorie che ispirano le nuove forme di *governance* europea possano fornire argomenti a sostegno di una simile soluzione (*par.5*).

Parte I

1.1 L'efficacia orizzontale diretta dell'art.49 TCE

L'integrazione del mercato dei servizi dovrebbe essere perfezionata con l'adozione della contrastata direttiva nota con il nome del Commissario che per primo ne ha proposto l'adozione³. La futura direttiva non inciderà però su un terreno vergine, visto che a definire le regole del mercato dei servizi ha sino ad oggi contribuito la Corte di Giustizia con la sua opera di interpretazione dell'art.49 TCE, e delle norme ad esso connesse.

Si deve alla giurisprudenza in materia di servizi l'adozione di un'interpretazione delle norme del Trattato a garanzia delle libertà economiche fondamentali per la quale queste non si limitano a vietare misure che, direttamente o indirettamente determinano un trattamento discriminatorio in base alla nazionalità, ma censurano qualsiasi restrizione od ostacolo al loro esercizio. Il passaggio da un approccio basato sul principio di non discriminazione a quello basato sul libero accesso al mercato, è segnato dalla sentenza *Sager*, che ispirerà poi la Corte di Giustizia in decisioni successive relative alle altre libertà sulle quali si fonda la mobilità intracomunitaria delle persone e delle imprese⁴. Un simile approccio ha rappresentato un indubbio passo avanti nel riconoscimento del potere della Corte di vagliare i comportamenti degli Stati che, spesso ispirati da intenti protezionistici, rallentano la piena integrazione del mercato comunitario.

A tale interpretazione orientata chiaramente ad ampliare la sfera d'influenza del TCE, non è corrisposto un altrettanto lineare indirizzo che chiarisca se l'art.49 TCE sia invocabile anche nel caso in cui l'accesso al

³ Cfr. Commissione CE, *Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno*, COM (2006)160 del 4.4.2006, che ha profondamente riformato l'originaria *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno*, COM (2004) 2 def, sulla base degli emendamenti adottati dal Parlamento Europeo nell'Assemblea Plenaria del 16 febbraio 2006.

⁴ C.Giust. causa C-76/90, *Sager v Dennemeyer & Ltd* [1991] Racc. I-4221. Sulla giurisprudenza delle Corte di Giustizia relativa alle libertà riconosciute dagli artt.39, 43 e 49 TCE e basata sul criterio dell' "accesso al mercato" cfr. C.Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, 2004, 256 ss.

mercato venga impedito da atti e comportamenti posti in essere da soggetti privati. Un aspetto ovviamente di centrale importanza per il tema in oggetto. Risolvere il problema della c.d. efficacia orizzontale dell'art.49 è il presupposto per considerare attratte nell'ambito di applicazione delle regole del mercato interno le azioni collettive e gli scioperi che intralciano la libera circolazione dei servizi.

Il termine "efficacia orizzontale" può essere fuorviante: è pacifico che le norme del TCE possano acquistare rilevanza anche nelle controversie tra privati quando si tratta di interpretare le norme di diritto interno alla luce del diritto comunitario⁵. E' opportuno chiarire che in queste pagine, per efficacia orizzontale, si intende un diverso e più complesso problema di vincolatività della norma⁶, relativo al fatto se le persone, agendo come singoli o in gruppo, debbano rispettare tali norme nel momento in cui esercitano la loro autonomia privata.

Il confronto tra le norme sulle libertà economiche e gli artt. 81 e ss. sembra configurare una ripartizione nel Trattato tra regole sulla concorrenza rivolte ai privati e regole sulla libertà di circolazione rivolte agli Stati⁷. In realtà questa schematica ripartizione, fatta propria da subito da Commissione e Consiglio⁸, è stata ben presto smentita da un'interpretazione giurisprudenziale tesa ad estendere l'ambito soggettivo delle quattro libertà.

Ma in quali casi le norme sulla libera circolazione vincolano soggetti privati? Al pari di quanto avviene per altri profili della disciplina comunitaria in materia di libera circolazione, se da una parte nella giurisprudenza della Corte in merito si scorgono segnali dell'adozione di un approccio unitario alle quattro libertà⁹, dall'altra restano differenze

⁵ Cfr. P.Oliver- W.H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, CMLR 2004, 421

⁶ Come a ragione osserva J.Baquero Cruz, *Free Movement and Private Autonomy*, ELR 1999, 604 ss., si tratta di rispondere alla domanda circa l'ambito soggettivo di applicazione delle norme del TCE sulla libertà di circolazione: posta la loro efficacia "diretta", chi è vincolato e nei confronti di chi? Se le norme del Trattato vincolano solo gli Stati gli atti dei privati fuoriescono dall'ambito di applicazione delle stesse, altrimenti anche i cittadini, come singoli e come gruppi, sono chiamati a rispettarle, vuoi nei confronti di altri soggetti privati (efficacia orizzontale) che dello Stato (efficacia verticale).

⁷ In tal senso cfr. G.Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, The Hague/London/New York, 2002, 145 "The initial impression from the Treaty is [...] of a division of labour between the rules governing free movement and the rules governing competition"

⁸ Cfr. "Programma Generale sui Servizi" adottato all'unanimità dal Consiglio sulla base della proposta della Commissione nel 1961 (in GUCE 2 del 15/01/1962, 32)

⁹ In merito ad un possibile approccio unificato alle "quattro libertà" cfr. M.Poiarés Maduro, *Harmony and Dissonance in Free Movement*, in Andenas- W.Roth (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2000, 41 ss. e H.Jarrass, *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms*, ibid., 141 ss.

significative che impediscono di operare facili trasposizioni dei principi da essa elaborati con riferimento alle diverse norme del TCE.

La Corte ha considerato l'art.30 TCE applicabile ai soggetti privati che svolgono funzioni pubbliche e producono "normative private"¹⁰. La Corte adotta in questi casi un approccio "sostanziale" o "funzionalista", ignorando l'aspetto "formale" della natura giuridica dell'organismo. A ben vedere coglie nel segno chi evidenzia come in questa giurisprudenza siamo in presenza dell'adozione di un concetto ampio di Stato membro, più che di un riconoscimento della vincolatività delle norme del TCE nei confronti dei privati: l'elemento decisivo è che la "misura" sia in ultima analisi imputabile allo Stato, anche se in concreto poi è realizzata da soggetti privati¹¹. Con riferimento all'art.30 la Corte non sembra distaccarsi da quest'approccio "restrittivo"¹². Un approccio che trova una solida base nella lettera del Trattato: l'art.30, a differenza degli artt.49 e 43 (che adottano formule equivalenti¹³) e dell'art.39 si riferisce espressamente alle "restrizioni" "fra gli Stati".

Sensibilmente diversa appare la giurisprudenza in materia di libera circolazione di lavoratori e servizi. La differenza rispetto alla

¹⁰ Cfr. C.Giust. causa 249/81, *Commissione c. Irlanda (Buy Irish)* [1982] Racc. 4005 e causa 222/82, *Apple and Pear Development Council c. K.J.Lewis Ltd* [1982] Racc. 3091. Entrambi i casi riguardano organismi "semi-pubblici" (cfr. G.Davies, *Nationality Discrimination*, cit., 150 ss.), creati o sostenuti finanziariamente dal Governo, e si configurano come ipotesi di esternalizzazioni di specifiche funzioni pubbliche. La Corte di Giustizia ha seguito un simile approccio anche in presenza di organismi privati dotati di autonomia e di discrezionalità nell'esercizio dei propri poteri regolativi (cfr. C.Giust. causa 267/87, *R c. Royal Pharmaceutical Society of Great Britain ex parte Association of Pharmaceutical Importers* [1989] Racc. 295)

¹¹ Cfr. J. Snell, *Goods and Services in EC Law*, Oxford 2002, 139

¹² Una parziale eccezione può essere rappresentata dal caso *Dansk Supermarket* (C.Giust. causa 58/80, *Dansk Supermarket A/S v A/S Imerco* [1981] Racc. 181) dove anche i contratti individuali stipulati da un'impresa vengono considerati soggetti alle norme sulle libertà di circolazione delle merci (punto 17). In realtà in questo caso, più che un comportamento di un soggetto privato, si è trattato di valutare la normativa nazionale che permette a questi di porlo in essere in determinate circostanze (considerate contrarie ai vincoli del TCE). Oggetto della censura è cioè, in ultima analisi, la legislazione nazionale (nel caso relativa ai diritti di proprietà intellettuale) piuttosto che il mero comportamento dell'impresa, sindacabile non alla luce dell'art.30 ma dell'art.81 (in dottrina vd. J.Snell, *Goods and Services*, cit., 133; G.Davies, *Nationality Discrimination*, cit., 156; J. Bacquero Cruz, *Free Movement*, cit., 608). Il principio affermato dalla Corte in *Dansk* è stato per altro ripetutamente smentito dalla giurisprudenza successiva.

¹³ Sia l'art.43 che l'art.49 fanno riferimento genericamente al divieto di "restrizioni" ("le restrizioni alla libertà di stabilimento...vengono vietate" e "le restrizioni alla libera prestazione dei servizi...sono vietate"). L'analogia della formula utilizzata e la sostanziale "contiguità" tra le due libertà in questione, spesso invocate congiuntamente negli stessi casi posti all'attenzione della Corte (così è nello stesso caso *Viking*), permette di considerare i principi elaborati in relazione alla libertà di circolazione dei servizi applicabili anche alla libertà di stabilimento.

giurisprudenza relativa all'art.30 consiste nell'attrarre nell'orbita delle norme del TCE anche il soggetto o l'organismo privato che non ha alcuna relazione con i poteri statali, ma esercita un proprio potere regolativo, prodotto dell'autonomia che l'ordinamento gli riconosce. Nei casi relativi alla libertà di circolazione dei lavoratori, l'argomento della Corte è senz'altro rafforzato dal fatto che il divieto di discriminazione per nazionalità necessariamente si applica ai rapporti tra privati, quando questi riguardano le relazioni di lavoro (art.39 e art.7.4 Reg. 1968)¹⁴. Ciò che qui più interessa è che la Corte (seppur con poca coerenza sistematica) utilizza l'art.39 per estendere il principio dell'efficacia orizzontale anche all'art. 49, in base all'argomento per il quale *"le attività di cui all'art.[49] differiscono ad quelle considerate dall'art.[39] solo per il fatto di non essere disciplinate da un contratto di lavoro. Quest'unica differenza non può giustificare un'interpretazione che limiti la sfera di applicazione del principio di libertà in questione"*¹⁵. L'efficacia orizzontale dell'art.49 è ribadita in più di una sentenza, sempre con riguardo a organismi privati (per lo più associazioni sportive) titolari di poteri (privati) di regolazione collettiva¹⁶.

Il passo in avanti rispetto alla giurisprudenza sull'art.30 non è da poco: è irrilevante la natura pubblico o privata del soggetto che pone in essere le "misure", se queste comportano una violazione delle libertà economiche fondamentali; ciò che rileva è che queste abbiano "natura collettiva"¹⁷. Da qui il problema di definire quali "misure private" possano considerarsi di "natura collettiva". Si tratta di capire se debbano concretizzarsi in "regole" (seppur di natura privata) o possano consistere anche in comportamenti di carattere collettivo.

La Corte ha sempre parlato di "regole" ed i casi in esame sono riferiti ad ipotesi di regolamentazioni poste in essere da organismi privati. E' vero però che la Corte rifugge in materia di libera circolazione da un approccio formalistico: ciò che conta sono gli effetti (lesivi della libertà del TCE) non la forma con la quale questi sono realizzati. Gli effetti restrittivi

¹⁴ C.Giust. causa C-415/93, *Union Royale Belge des Societes de Football Association ASBL c. Jean Marc Bosman* [1995] Racc. I-4921

¹⁵ C.Giust. causa 36/74, *Walrave and Kock c. Association Union Cycliste Internationale* [1974] Racc. 1405, punti 23- 24

¹⁶ Cfr. C. Giust. causa 13/76, *Dona c. Mantero* [1976] Racc. 1333; cause 51/96 e 191/97, *Deliège c. Ligue Francaise de Judo et Discipline Associees ASBL* [2000] Racc. I-2549; causa C-309/99, *J.C.J.Wouters et al. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* [2002] Racc. I-1577

¹⁷ Come osserva la Corte nella sentenza *Walrave*, cit., punto 17, le disposizioni relative alla libertà di circolazione riguardano *"non solo gli atti dell'autorità pubblica, ma le norme di qualsiasi natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato e la prestazione di servizi"*

sul mercato prodotti dai privati devono essere analoghi a quelli prodotti da una norma statale o da un atto pubblico. In base a tale considerazione la dottrina maggioritaria considera rilevanti, al pari delle fonti di regolazione, atti e comportamenti "collettivi" capaci di creare ostacoli e intralci alla prestazione di servizi intracomunitari¹⁸. Se tale argomentazione è fondata, si aprono le porte per una attrazione delle azioni collettive nell'ambito di applicazione del TCE, quando queste producono effetti "rilevanti" sul funzionamento del mercato interno.

Qualche dubbio in merito deriva però dal fatto che proprio sul piano degli effetti esiste una ovvia differenza sostanziale tra una "regola" ed un atto o comportamento, tra una "norma", cioè, anche di natura privata, ed un "fatto"; la prima ha una portata generale e si applica ad una generalità di casi e di soggetti (tutti quelli che cadono nella sua sfera d'applicazione); il secondo produce effetti limitati al momento in cui è posto in essere. C'è insomma una differenza "qualitativa" sul piano degli effetti sul mercato interno tra i due casi difficilmente contestabile.

E che l'equiparazione degli atti dei privati alle norme, anche di natura privata, sia un'operazione tutt'altro che scontata sul piano interpretativo lo conferma proprio il TCE che, come detto, riferisce ai primi le regole in materia di concorrenza. Gli articoli 81 e seguenti del TCE vincolano sì soggetti privati, ma solo se questi assumono la forma di "impresa". Ed uno dei passaggi interpretativi più delicati delle norme in questione è proprio quello teso a definire che cosa si considera "impresa" per il diritto comunitario della concorrenza¹⁹. Le "regole" di funzionamento del mercato interno configurano quindi un sistema nel quale rispetto delle libertà economiche e tutela della concorrenza svolgono funzioni complementari, proprio in ragione dell'ambito soggettivo nel quale rispettivamente sono invocabili. Il passaggio interpretativo che legge le libertà economiche vincolanti per i comportamenti di soggetti privati non è un passaggio di poco conto, perché rompe l'equilibrio sul quale si regge il sistema di regole di funzionamento del mercato concepito dal TCE. Il confine davanti al quale

¹⁸ Cfr. J.Baquero Cruz, *Free Movement*, cit., 618, per il quale "Only in those instance in which private action is comparable to that of the States should be caught by Community law under free movement, because otherwise the purpose of such rules would be severely damages. Competition will do the rest"; analogamente cfr. J.Snell, *Goods and Services*, cit., 150-151

¹⁹ Sul tema cfr., tra gli altri, L.Di Via, *L'impresa*, in N.Lipari, *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, vol.I., 252 ss.. Nella sentenza Albany (C. Giust. causa C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioen fonds Textielindustrie* [1999] Racc. I-5751) l'Avvocato Generale Jacobs affronta il problema della natura del sindacato, concludendo che anch'esso debba considerarsi un' impresa per il diritto comunitario della concorrenza, laddove svolga attività di tipo economico (punti 218-227 delle sue conclusioni).

quelle regole si fermano e non sono invocabili, non passerebbe più dal significato da attribuire alla nozione di "impresa"; con quelle regole si troverebbero a confrontarsi tutti gli attori che si muovono sul mercato, salvo poi valutare gli effetti e le conseguenze delle loro azioni ed, eventualmente, le ragioni per le quali tali effetti sono stati prodotti²⁰. A ciò si aggiunga il fatto che anche per le imprese, sono gli "accordi" ad acquistare rilevanza per il mercato interno e non gli atti unilaterali; questi ultimi contrastano con le regole della concorrenza solo se l'impresa che li pone in essere detiene una posizione dominante nel mercato²¹.

1. 2. Misure collettive o (anche) atti individuali?

L'argomento della diversa rilevanza degli effetti prodotti dai comportamenti dei privati rispetto alle "regole" verrebbe fortemente indebolito se si considerassero applicabili le norme del Trattato non solo alle "misure collettive" ma anche ai contratti individuali, come prospetta la Corte nella sentenza Angonese²². In questo caso la Corte estende il principio di parità di trattamento al di là dell'ipotesi di discriminazioni fondate su fonti normative o collettive, includendovi anche le discriminazioni prodotte dalle condizioni poste da un singolo datore privato all'assunzione di un lavoratore²³. Tuttavia, su questo piano, le differenze tra le quattro libertà appaiono significative. Il caso in questione attiene infatti alla libera circolazione dei lavoratori, in relazione alla quale, come detto, è lo stesso legislatore comunitario a prevedere la vincolatività del divieto di discriminazione per nazionalità nei rapporti interprivati con riguardo alle condizioni di lavoro. Il passo in avanti compiuto in Angonese rispetto al diritto comunitario "positivo" è consistito

²⁰ In merito al rapporto tra norme relative alle libertà di circolazione e articoli 81 e ss. cfr. J.Snell, *Private Parties and Free Movement of Goods and Services*, in M.Andenas-W.Roth (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002, 233. L'autore (contrariamente a quanto si sostiene supra nel testo) considera il fatto che l'art.81 vincola solo le imprese un argomento per estendere l'ambito di applicazione soggettiva dell'art.49: "if the private party creating obstacles to the free movement of goods or services is not an undertaking [...] Articles 28 and 49 should be applicable in certain circumstances. Otherwise, a lacuna is formed".

²¹ Cfr. P.Oliver- W.H. Roth, *The Internal Market*, cit., 423 -424

²² C.Giust. causa C-281/98, *Angonese (Roman) c. Cassa di Risparmio di Bolzano* [2000] Racc. I-4139

²³ Nel caso oggetto della sentenza Angonese una banca privata richiedeva come condizione per essere assunti la produzione di un certificato di bilinguismo rilasciato dall'autorità provinciale.

nell'estendere il principio di non discriminazione anche alle condizioni di accesso al rapporto di lavoro imposte da un singolo datore²⁴.

Se si considera quanto affermato in Walrave, ovvero che l'ambito di applicazione delle libertà di circolazione dei servizi e dei lavoratori deve considerarsi sotto ogni profilo identico²⁵, si dovrebbe comunque concludere che il principio adottato in Angonese valga anche per i contratti individuali di prestazione di servizi²⁶. Il che aprirebbe la strada alla sindacabilità alla luce dell'art.49 TCE di ostacoli posti in essere anche da singoli soggetti privati nelle loro relazioni commerciali, quanto meno quando questi hanno natura discriminatoria. *A fortiori* dovrebbero considerarsi attratte le azioni collettive nell'ambito di applicazione di quell'articolo, in ragione del maggior impatto sugli scambi intracomunitari che queste normalmente sono in grado di produrre rispetto alla singola transazione commerciale.

Si può però ritenere l'estensione ai contratti individuali dell'efficacia delle norme in materia di libera circolazione limitata all'art.39 e ciò in ragione della particolarità di tale libertà, connessa ad esigenze di tutela del lavoratore, cioè di un soggetto "contrattualmente" debole. Non a caso in Angonese la Corte si richiama alla consolidata giurisprudenza relativa alla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di retribuzione sancito dall'art.141 TCE²⁷. La "peculiarità" del "bene" oggetto dell'art.39 (il lavoro umano) imporrebbe una diversa qualificazione dello *status* di chi ne è titolare rispetto alle altre libertà economiche²⁸. Da ciò l'adesione ad una più piena interpretazione della norma come fonte di garanzia di un diritto fondamentale, come tale inviolabile da parte di qualsiasi soggetto (pubblico o privato) e con qualsiasi "mezzo" (norma, atto privato, contratto, comportamento)²⁹.

La Corte di giustizia non fornisce indicazioni univoche sul problema della qualificazione giuridica delle libertà economiche sancite dal Trattato.

²⁴ Che l'art.39 TCE si applichi a qualsiasi atto tra privati è opinione maggioritaria in dottrina (tra gli altri, cfr. J.M. Fernandez Martin, *Re-difing Obstacles to the Free Movement of Workers*, ELR 1996, 323 ss. e S.Weatherill, *Discrimination on Grounds of Nationality in Sport*, YEL 1989, 65).

²⁵ Cfr. *supra* nt.15

²⁶ In questo senso cfr. P.Delannay, nota a Walrave, in CDE 1976, 223

²⁷ Cfr. Angonese, cit., punto 34

²⁸ Cfr. J.Baquero Cruz, *Free Movement*, cit., 115 e 124; analogamente cfr. P.Oliver-W.H.Roth, *The Internal Market*, cit., 424 che richiamano a sostegno di una simile conclusione anche l'art.15(1) della Carta di Nizza che riconosce ad ogni persona il diritto al lavoro.

²⁹ Cfr. R.C.A.White, *Workers, Establishment and Services in the European Union*, Oxford, 2004, 255 ss.

Tuttavia appare significativo che (con un'unica eccezione³⁰) il termine "diritto fondamentale" sia stato utilizzato solo con riferimento all'art.39³¹. Né può essere ignorato l'utilizzo che la Corte ha fatto dell'art.39 come norma sempre meno fondata sulla logica di mercato e sempre più finalizzata a garantire la piena integrazione dei cittadini comunitari negli Stati ospitanti. Per tali ragioni l'interpretazione ampia dell'ambito di applicazione soggettivo dell'art.39 non può automaticamente estendersi alle altre libertà del TCE³².

1.3 Conclusioni (aperte) sul problema dell'efficacia orizzontale dell'art.49 TCE

In base ai principi deducibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è possibile considerare vincolante l'art.49 TCE per i soggetti privati che adottano "misure di natura collettiva". In tale nozione rientrano le regole poste in essere da organismi di natura privata, sia che queste siano espressione di un potere delegato e conferito dall'autorità pubblica, sia che costituiscano esercizio dell'autonomia privata. La dottrina maggioritaria ritiene debbano considerarsi "misure di natura collettiva" anche gli atti ed i comportamenti che determinano ostacoli alla circolazione dei servizi, analoghi a quelli prodotti da fonti regolative. Una conclusione, ad opinione di chi scrive, non del tutto condivisibile, giusta la natura "qualitativamente" diversa degli "effetti" che gli "atti" sono in grado di produrre rispetto alle "norme".

Anche se si nega la pura e semplice estensione della efficacia orizzontale ai "comportamenti collettivi", il confine tra le due situazioni

³⁰ Cfr. C.Giust. causa C-228/98, *Dounias c. Minister for Economic Affairs* [2000] Racc. I-577, punto 64, relativa alla libertà di circolazione delle merci

³¹ Cfr. C. Giust. causa 152/82, *Forcheri c. Belgium* [1983] Racc. 2323, punto 11; Causa 222/86, *UNCTEF c. Heylens* [1987] Racc. 4097, punto 14; cfr. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Lenz nel caso *Bosman*, cit., punto 203. Sulla natura e la qualificazione da attribuire alle libertà economiche del Trattato manca una concordanza di opinioni nel dibattito dottrinale, come rilevano P.Oliver-W.H.Roth, *The Internal Market*, cit., 410

³² La sentenza *Haug Adrion* relativa all'art. 49 TCE (C. Giust. causa 251/83, *Eberhard Haug-Adrion c. Frankfurter Versicherungs-AG* [1984] Racc. 4277) è solo in apparenza assimilabile alla sentenza *Angonese*. Il caso attiene ad un contratto di assicurazione automobilistica che si sosteneva contenesse clausole discriminatorie. La Corte sembrerebbe avere ammesso che in linea di principio un simile atto di natura privatistica sia da valutare alla luce delle norme del Trattato. In realtà, nel caso di specie, "in issue was not a single decision by an independently acting firm but a tariff condition based on governmental regulation and authorisation and, thus, presumably commonly used by other insurance companies" (così J.Snell, *Goods and Services*, cit., 143; negli stessi termini G.Davies, *Nationality Discrimination*, cit., 167)

però sfuma se si considerano rilevanti le conseguenze e le finalità perseguite con l'azione collettiva, soprattutto se organizzata su ampia scala. Si pensi ad un'azione di boicottaggio o un'azione sindacale tesa ad impedire rapporti commerciali con imprese straniere (ipotesi che chiama in causa anche l'art.81 TCE), o ad imporre standard di tutela collettiva tali da scoraggiare la prestazione di servizi. L'applicazione delle norme sulla libertà di circolazione alle "regole private di natura collettiva" comporta infatti che la contrattazione collettiva possa essere chiamata a confrontarsi con il rispetto delle libertà del Trattato, al pari di quanto è già avvenuto con riguardo alle regole della concorrenza³³. Ciò è d'altra parte del tutto pacifico con riferimento alla circolazione dei servizi, vista la equiparazione che la direttiva 96/71 opera tra fonti eteronome e fonti convenzionali che dettano le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale.

Proprio nel caso Vaxholm, richiamato in apertura di queste pagine, la Corte è chiamata ad esprimersi su questo problema, dal momento che l'azione del sindacato svedese mirava ad estendere ai lavoratori lituani lo stesso trattamento contrattuale applicato ai lavoratori nazionali; cosa considerata dall'impresa appaltatrice contraria al diritto comunitario. Si chiede un giudizio della Corte sulla legittimità dell'azione collettiva in quanto questa avrebbe come conseguenza l'adozione di "misure private collettive" (cioè contratti collettivi di diritto comune) con effetti restrittivi sulla libera circolazione. L'iniziativa del sindacato sarebbe censurabile per il diritto comunitario in ragione della finalità perseguita, se tale finalità non è ammessa dalle regole del mercato interno. Se si accoglie tale interpretazione, non è l'azione collettiva a determinare l'intralcio, ma questo è prodotto dal fine che con essa si persegue. Si tratta cioè di valutare la natura e la rilevanza delle regole di natura privata che si intendono imporre e non l'azione in sé, che acquista così, per il diritto comunitario, un rilievo "indiretto". Si potrebbe cioè considerare l'azione collettiva rilevante per il diritto comunitario, non per il fatto di determinare nel singolo episodio conflittuale un intralcio alla circolazione di un fattore produttivo, ma nella misura in cui sia finalisticamente connessa con l'adozione da parte di un organismo pubblico o privato di "misure collettive" che, certamente, costituiscono un ostacolo alla libertà di circolazione. Solo in questo secondo caso, sul piano degli effetti

³³ Cr. sentenza Albany, cit., punti 62-65. La Corte ha escluso nel caso di specie la riconducibilità dell'accordo collettivo nell'ambito di applicazione dell'art. 85(1) TCE in ragione del fatto che, per la natura e gli scopi perseguiti, esso svolgeva funzioni da considerarsi tipiche e normali per l'attività di contrattazione collettiva. Per una valutazione critica su un simile approccio "funzionale" alla contrattazione collettiva, da ultimo, cfr. S.Giubboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution*, Cambridge, 2006, 200 ss.

prodotti nel mercato interno, comportamenti di privati e fonti di regolazione assumerebbero analogo significato, in quanto i primi sarebbero strumentali all'applicazione delle seconde. La distinzione in parola può apparire un bizantinismo, ma è importante perché potrebbe segnare il confine che individua l'ambito di applicazione ai comportamenti privati dell'art.49 TCE; lo stesso potrebbe dirsi per il diritto di stabilimento di cui all'art.43, quando il suo esercizio costituisce, come nel caso Viking, il presupposto di una prestazione transnazionale di servizi.

Se invece si accetta la tesi che appare dominante in dottrina, l'azione collettiva può di per sé (appunto come mero fatto che interrompe una prestazione di servizi) determinare un intralcio alla libertà di circolazione, indipendentemente dal suo essere finalizzata all'adozione di regole non consentite dall'art.49 TCE. Accettando tale prospettiva, resta comunque da valutare che tipo di azione collettiva possa considerarsi, per gli effetti che produce, un "ostacolo" paragonabile ad una regola di natura collettiva. Il giudizio diventa in questo caso particolarmente problematico e prospetta l'adozione di un "*de minimis test*" capace di discernere ostacoli di scarso impatto da quelli che impediscono significativamente l'accesso al mercato³⁴. I principi elaborati per riconoscere la responsabilità diretta degli Stati aumentano il grado di incertezza se applicati *sic et simpliciter* agli atti privati, considerando che la Corte nega che la responsabilità di questi ultimi possa dipendere dall'entità degli effetti prodotti sugli scambi, che possono essere anche meramente potenziali³⁵. E' chiaro che il tasso di discrezionalità di chi è chiamato a giudicare diventa notevole e dipende dai criteri di valutazione che si assumono per determinare la soglia oltre la quale l'ostacolo si ritiene sussistente.

L'applicazione dell'art.49 ai comportamenti collettivi dei privati solleva poi il problema della relazione sussistente tra questi e le norme statali che eventualmente li consentano o che comunque non li vietino espressamente. E' vero infatti che la legittimità dell'azione dei privati secondo il diritto comunitario non può dipendere da quanto prevede il diritto interno, visto che questo non può consentire ciò che il primo vieta³⁶. L'efficacia diretta della norma del Trattato permette di applicare al comportamento collettivo il diritto comunitario, anche in assenza di una

³⁴ Come sottolinea J.Snell, *Goods and Services*, cit., 101, "*a de minimis test suffers from a fundamental practical weakness. Although the test is conceptually clear, it is very difficult to use*". In merito cfr. anche C.Barnard, *Fitting the Remaining Pieces into Goods and services Jigsaw?*, ELR 2001, 48 ss. e L.Gormley, *Two Years after Keck*, FILR 1996, 882-883

³⁵ Cfr. la definizione generale adottata nella sentenza *Dassonville*, C. Giust. causa 8/74, *Procureur du Roi c. Dassonville* [1974] Racc. 837, punto 5 (c.d. "Formula Dassonville ")

³⁶ Cfr. J. Snell, *Goods and Services*, cit., 152

disposizione di diritto interno che lo sanzioni. Il discorso però cambia quando tale comportamento costituisce esercizio di un diritto costituzionale. Il problema del rapporto con la legislazione nazionale finisce in questo caso per chiamare in causa il tema del riconoscimento dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'UE come motivo che giustifica una deroga alle norme del TCE.

Tale problema si ripropone, seppur in termini sensibilmente diversi, anche applicando alle azioni dei privati la "teorica" della responsabilità statale indiretta, fatta propria dalla Corte in materia di libera circolazione delle merci, ma astrattamente invocabile anche in caso di prestazioni di servizi.

2. Il controllo indiretto sugli atti dei privati: la responsabilità statale

Nella giurisprudenza relativa all'art.30 TCE la Corte di Giustizia ha elaborato il principio per il quale, a fronte di azione di privati che determinano intralcio alla libera circolazione delle merci, lo Stato è tenuto ad intervenire in virtù degli obblighi di cooperazione previsti dall'art.10 TCE³⁷ ed in caso di inerzia si espone alla procedura di infrazione attivata dalla Commissione ai sensi dell'art.169 TCE. Tale principio è stato "positivizzato" e rafforzato sul piano procedurale dal Regolamento 2679/98 (c.d. Regolamento Monti), che introduce uno speciale regime di scambio di informazioni tra Stato membro e Commissione, teso a permettere il controllo da parte di quest'ultima dei fatti che prendono forma sul territorio del primo³⁸.

Il principio elaborato dalla Corte è affermato in termini generali e sembra invocabile a fronte di azioni che intralciano qualsiasi libertà fondamentale del TCE, dunque anche in caso di prestazioni di servizi³⁹. La eventuale configurabilità dell'efficacia orizzontale dell'art.49 non osterebbe ad una simile conclusione, dal momento che nulla impedisce di considerare un medesimo fatto causa di responsabilità "diretta" dei

³⁷ Tale principio è stato elaborato nel c.d. "farmer case" (C.Giust. causa C-265/95, *Commissione c. Repubblica francese* [1997] Racc. I-6959) così chiamato perchè relativo ad azioni organizzate dai contadini francesi per impedire l'importazione di prodotti ortofrutticoli dalla Spagna. Lo stesso principio è stato poi ribadito nella causa C-121/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transport und Planzuge c. Repubblica austriaca* [2003] Racc.I-5659

³⁸ Regolamento n.2679/98, GUCE L337 del 12/12/1998, 8 per un commento al quale sia consentito un rinvio a G.Orlandini, *Libertà di circolazione delle merci: un limite comunitario al conflitto sindacale*, GDLRI 1999 652 ss.

³⁹ In tal senso cfr. G.Davies, *Nationality Discrimination*, cit., 162 e J.Snell, *Goods and Services*, cit.,154

soggetti privati e fonte di responsabilità "indiretta" per lo Stato⁴⁰. La piena realizzazione del mercato interno dei servizi potrebbe allora comportare l'adozione di strumenti analoghi al c.d. regolamento Monti anche a tutela della libertà riconosciuta dall'art.49 TCE.

Anche in questo caso tuttavia il parallelismo tra le diverse libertà non è automatico. Si deve tener conto del fatto, sopra evidenziato, che la Corte di Giustizia è meno propensa ad includere atti di natura privata nell'ambito di applicazione dell'art.30, rispetto a quanto non lo sia rispetto all'art.49. Ciò potrebbe prospettare un'evoluzione della giurisprudenza della Corte caratterizzata da un duplice approccio, parimenti teso ad attrarre comportamenti privati nella sfera d'influenza delle norme sulla libera circolazione: l'uno, relativo ai beni, fondato sulla responsabilità indiretta degli Stati, l'altro, relativo ai servizi ed (ed *a fortiori* ai lavoratori) fondato sul riconoscimento dell'efficacia diretta ed orizzontale delle norme del Trattato.

In assenza di sentenze della Corte in materia, si può solo ipotizzare che i principi elaborati dalla Corte in relazione all'art.30 TCE siano applicabili anche a fronte di intralci alla libera circolazione dei servizi. Per questa via si attrarrebbero le azioni dei privati nell'orbita dell'art.49 senza dover affrontare il nodo teorico della vincolatività dello stesso nei rapporti interprivati. Il che non significa che non si ponga ugualmente il problema della configurazione dei comportamenti privati come intralci ad una libertà di mercato. Resta infatti ineludibile la necessità di stabilire quando gli atti dei privati costituiscano un ostacolo alla libera circolazione del quale lo Stato è chiamato a rispondere.

Il Regolamento 2796/98 fornisce delle indicazioni a riguardo⁴¹, ma è vero che queste, oltre ad essere estremamente generiche, servono per attivare lo speciale procedimento di informazione e monitoraggio ivi previsto, e non possono ritenersi vincolanti per la Corte nel valutare la responsabilità statale⁴². Tanto più ciò è vero in caso di ostacoli alle prestazioni di servizi, ai quali il Regolamento non si applica. E' possibile considerare irrilevanti le azioni poste in essere da privati che abbiano uno scarso impatto sugli scambi, ma come stabilire un criterio di valutazione circa la "gravità" delle azioni? I problemi sollevati dal riconoscimento della

⁴⁰ Così J.Snell, *ibidem*

⁴¹ L'articolo 1 del Regolamento 2679/98 prevede che questo si applichi a in presenza di un "ostacolo" che "induce una grave perturbazione della libera circolazione delle merci impedendone, ritardandone o deviandone l'importazione, l'esportazione o il transito attraverso uno Stato membro, materialmente o in altro modo; causa grave pregiudizio ai privati lesi; esige un'azione immediata al fine di evitare la persistenza, l'estensione o l'aggravamento della perturbazione o del pregiudizio sopra indicati"

⁴² Cfr. J.Snell, *Goods and Services*, cit., 155 e G.Orlandini, *Libertà di circolazione*, cit., 654 ss.

efficacia orizzontale della norma si ripropongono per configurare la responsabilità indiretta degli Stati.

La configurabilità di una responsabilità statale per gli atti dei privati che prescindano dall'esistenza di una responsabilità di chi tali atti compie solleva poi complessi problemi interpretativi. E' vero che questa soluzione appare meno "invasiva" degli spazi di autonomia dei privati, ed anche per questo è preferibile rispetto a quella della "efficacia diretta orizzontale"⁴³. E' anche vero però che è difficile fondare la responsabilità di uno Stato su un atto che l'ordinamento comunitario considera legittimo⁴⁴. La Corte di giustizia (seguendo certo un percorso argomentativo assai contorto) potrebbe sviluppare la propria giurisprudenza e giungere a considerare che la responsabilità dello Stato per omissione e mancanza di cooperazione comporti una responsabilità anche di chi ha posto in essere l'ostacolo, del quale questi può essere chiamato a rispondere davanti alle Corti nazionali.

E' evidente che a monte della teorica della responsabilità indiretta c'è una forzatura della lettera del Trattato ed un salto logico che consiste nel considerare rilevante per l'ordinamento comunitario un fatto (gli atti dei privati che ostacolano le libertà economiche) che non è espressamente contemplato dalle norme del TCE che si intendono applicare. Lo stesso salto logico che sottende alle interpretazioni che ammettono l'efficacia diretta "orizzontale" di tali norme.

Come anticipato, anche la configurazione di una responsabilità indiretta degli Stati membri solleva infine il problema di stabilire se l'atto dei privati debba o meno essere illecito per la normativa interna. Nel silenzio della Corte di Giustizia, si può osservare come, se l'"omissione" ex art.10 TCE esistesse solo in caso di azioni illegittime per il diritto interno, la portata del principio della "responsabilità indiretta" sarebbe ben poca cosa⁴⁵. L'"ostacolo" esisterebbe solo nei casi in cui il comportamento dei privati è già censurato dal diritto nazionale e la responsabilità statale insorgerebbe solo in caso di inerzia nell'applicazione delle norme interne. Si può allora fondatamente ritenere che l'obbligo di intervenire sussiste comunque, anche se l'azione è legittima per il diritto interno. Spetta allo Stato scegliere il modo più efficace per intervenire ed alla Corte (alla Commissione in prima battuta quando si applica il

⁴³ Così G.Davies, *Nationality Discrimination*, cit., 164

⁴⁴ Come osserva J.Snell, *Goods and Services*, cit., 154 "it is logically a rather curious move to place a Member State under obligation to adopt appropriate measure to ensure that private individuals do not create obstacles to the free movement of goods, when those private individuals do not have any obligation not to create those obstacles in the first place"

⁴⁵ Dubbi a riguardo sono manifestati da G.Davies, *Nationality Discrimination*, cit., 165-166

Regolamento 2769/98) valutare se tale modo è sufficiente a considerare ottemperato l'obbligo di cooperazione⁴⁶.

Parte della dottrina sostiene che la responsabilità statale insorge anche nel caso in cui non si provveda a modificare la normativa interna per rendere illegittime le azioni censurate, se non lo sono⁴⁷. Una simile lettura finisce per prospettare, nei fatti ed *ex post*, l'inscindibilità tra responsabilità statale indiretta ed efficacia orizzontale. Non si darebbero infatti ipotesi nelle quali a rispondere della violazione del TCE sarebbe solo lo Stato, ma la responsabilità di quest'ultimo si tradurrebbe in ultima analisi sempre in una responsabilità anche dei soggetti privati.

Anche non aderendo a quest'ultima opinione, resta il fatto che il principio adottato dalla Corte in merito alla responsabilità statale indiretta comporta un'indubbia pressione sugli Stati a modificare la propria legislazione per rendere il meno praticabili possibili azioni capaci di intralciare il libero funzionamento del mercato interno e ridurre il rischio di doverne rendere conto in sede comunitaria. Si può, come detto, non considerare l'efficacia orizzontale presupposto implicito della teorica della responsabilità indiretta, ma i due profili risultano comunque, se non sul piano strettamente giuridico, quanto meno nei fatti strettamente connessi⁴⁸. Tale connessione emerge con chiarezza ancora maggiore se si considera in che modo la Corte di giustizia esercita il vaglio sulle "ragioni giustificative" invocate dallo Stato per sottrarsi dalla responsabilità derivante dagli atti dei privati.

3. Giustificazioni e diritti fondamentali

I dubbi circa il riconoscimento di una piena efficacia orizzontale dell'art.49 (ma lo stesso potrebbe dirsi per le altre libertà) aumentano se si passa a considerare il profilo delle possibili ragioni che possono giustificare le restrizioni alla libertà di circolazione. E ciò non solo perché l'art.46 TCE (che ammette eccezioni alle regole del TCE basate sull'ordine pubblico, la sicurezza e la sanità pubblica) parla espressamente ed esclusivamente di "disposizioni legislative, regolamentari e

⁴⁶ La Corte di Giustizia considera gravante sullo Stato un' obbligazione di mezzi, non di risultato; in considerazione di ciò, come osserva J.Snell, *Goods and Services*, cit., 156 "the fact that a private party may have created an obstacle to free trade does not automatically indicate a violation by the State and, thus, a right of an individual to claim damages from the State".

⁴⁷ Cfr. J.Snell, ult. cit., 155

⁴⁸ Non sono di questa opinione P.Oliver- W-H Roth, *The Internal Market*, cit., 427, per i quali l'"approccio indiretto" "should be up to the Member State to delimit the respective spheres of private autonomy on the one hand and the objectives of the four freedoms on the other"

amministrative", ma anche perché i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di "interessi generali" o "esigenze imperative" come ragioni giustificatrici degli ostacoli indiretti o "non-discriminatori" mal si attagliano a comportamenti di privati cittadini⁴⁹.

La Corte ha ammesso che, in materia di libera circolazione dei lavoratori, potessero invocarsi motivi di ordine pubblico, sanità e salute pubblica anche da parte di soggetti privati⁵⁰. Si trattava però di ipotesi di "atti para-legislativi", per i quali un'identità di approccio con le fonti statali appare meno problematico⁵¹. Quando si passa a considerare meri comportamenti dei privati (come nel caso delle azioni collettive) il quadro diventa più complesso.

Applicare ad azioni collettive di sindacati e gruppi di pressione le eccezioni di cui all'art.46 e quelle di origine giurisprudenziale basate sull'interesse pubblico⁵², significa sottoporle al vaglio del giudizio di "proporzionalità", che (pur nelle sue diverse declinazioni) si sostanzia a sua volta in una duplice valutazione: la misura deve risultare appropriata al fine perseguito e non deve imporre limitazioni non necessarie per perseguirlo, come sarebbe se fossero adottabili misure parimenti efficaci ma meno lesive della libertà del Trattato⁵³. E' proprio il principio della proporzionalità a sollevare i più evidenti problemi se applicato ad atti di privati cittadini. Come può esercitarsi il vaglio circa la "proporzionalità" dei mezzi adottati rispetto al fine perseguito su comportamenti di privati? Come può questo giudizio conciliarsi con la libertà di autodeterminazione degli stessi? E' ovvio che l'applicazione dei criteri elaborati dalla Corte di

⁴⁹ Sul tema cfr. J.Fernandez Martin- S.O' Leary, *Judicial Exceptions on the Free Provision of Services*, in M.Andenas- W.Roth (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002.

⁵⁰ Bosman, cit., punto 86 e C.Giust. causa C-350/96, *Clean Car Autoservice GmbH c. Landeshauptmann von Wien* [1998] Racc. I-2521, punto 24

⁵¹ E' quanto osserva J. Fernandez Martin, *Re-defining Obstacles*, cit., 324

⁵² In questo senso cfr. J.Snell, *Goods and Services*, cit., 151: "Furthermore, in the case of trade unions, pressure groups etc, the exceptions found in Articles 30 and 46 EC as well as the public interest exceptions developed in the Court's case law are easier to apply than in the case of private profit-oriented undertakings. It is more conceivable that such an entity is in reality pursuing a goal in the general interest than that a private firm is"

⁵³ Vd. la "formula" adottata dalla Corte di Giustizia nella sentenza Gouda, C. Giust. causa C-288/88, *Collectieve Antennevoorziening Gouda et al.* [1991], Racc. I-4007, punto 15: "l'applicazione delle normative nazionali ai prestatori stabiliti in altri Stati membri dev'essere atta a garantire il conseguimento dello scopo con esse perseguito e non può eccedere quanto necessario a tal fine; in altre parole, occorre che lo stesso risultato non possa essere ottenuto mediante provvedimenti meno incisivi". Sull'utilizzo del principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia cfr. F.G. Jacobs, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, in E.Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, 1 ss. e T.Tridimas, *Proportionality in the Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*, ibidem, 65 ss.

giustizia ad atti privati non solo è problematica ma muta il loro significato⁵⁴.

Si può, con chi scrive, ritenere che, anche per tali ragioni, sia preferibile interpretare l'art.49 TCE in modo tale evitare che la sua applicazione finisca per invadere il terreno dell'autonomia dei gruppi organizzati nel perseguimento dei propri interessi, escludendo così *a priori* il problema delle cause di giustificazione. E' chiaro però che la trattazione del tema in oggetto impone che si faccia propria la prospettiva opposta, che per altro si è detta maggioritaria in dottrina e (anche per questo) verosimilmente adottabile dalla Corte di Giustizia.

Un'azione collettiva che si consideri una "restrizione alla libera prestazione dei servizi", può configurarsi diversamente a seconda del modo con cui è realizzata e della disciplina di diritto interno che le si applica. Il diritto interno può considerarla illegittima o legittima ed è in questo secondo caso che si porrà il problema di valutare la presenza di eventuali cause di giustificazioni che consentano di derogare ai vincoli del TCE. Nel caso in cui la legittimità dell'azione possa dirsi fondata su un diritto fondamentale, si invocherà il rispetto di questo da parte dell'ordinamento comunitario. Come è stato osservato proprio in merito al caso Viking, l'argomento dei diritti fondamentali è capace di per sé di giustificare deroghe alle libertà economiche del Trattato, senza bisogno di invocare le ragioni di "ordine pubblico" o dell'"interesse generale" e indipendentemente dalla presenza o meno di una discriminazione diretta⁵⁵. Tuttavia anche il richiamo ai diritti fondamentali non garantisce una pura e semplice "immunità" per le azioni poste in essere dai privati dai vincoli comunitari: come dimostra la giurisprudenza della Corte, anche in questo caso trova applicazione il principio di "proporzionalità" elaborato in relazione ai motivi di ordine pubblico ed alla teorica delle giustificazioni fondate sull'interesse generale⁵⁶.

Nel recente caso *Omega Spielhallen* la Corte ha riconosciuto che la protezione di un diritto fondamentale rientra tra le ragioni di ordine

⁵⁴ Analogamente, cfr. P.Oliver-W.Roth, *The Internal Market*, cit., 427 e W.Roth, *Drittwirkung der Grundfreiheiten?*, in O.Due et alii (eds.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, 1995, 1241-1242. Con riferimento all'art.30 TCE cfr. M.Quinn-N.MacGowan, *Could Article 30 Impose Obligations on Individuals?*, ELR 1987, 176

⁵⁵ Cfr. A.C. L. Davies, *The Right to Strike*, cit., 83

⁵⁶ Così lo stesso A.C.L. Davies, *ibidem* e M.K.Bulterman- H.R. Kranenborg, *What if rules on free movement and human rights collide? About laser game and human dignity in the Omega case*, ELR 2006, 99. Il rapporto tra giustificazioni fondate sui diritti fondamentali e giustificazioni fondate sull'"ordine pubblico" o l'"interesse generale" è tutt'altro che chiaro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, e dibattuto in dottrina (in merito, da ultimo, cfr. J. Morijin, *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of European Constitution*, in ELJ, 2005, 30-39)

pubblico che, ai sensi dell'art.55 TCE, giustificano una restrizione alla libertà riconosciuta dall'art.49 del TCE. Il divieto imposto in Germania allo sfruttamento commerciale di c.d. "giochi di guerra" è stato considerato legittimo in quanto finalizzato a tutelare il diritto al rispetto della "dignità umana" sancito dalla Costituzione tedesca, e valutato una misura necessaria e non "sproporzionata" per raggiungere tale fine⁵⁷.

Di diritti fondamentali come limite alle libertà economiche la Corte di giustizia si è occupata recentemente anche nel caso *Schmidberger* nel quale è stato applicato il principio della responsabilità statale indiretta⁵⁸. La Corte è stata chiamata a valutare la responsabilità dell'Austria per gli intralci posti alla libera circolazione delle merci al valico del Brennero da gruppi di ambientalisti. La sentenza è estremamente significativa perché rende manifesto come la Corte non possa astenersi, nel valutare la responsabilità statale, da un'approfondita valutazione circa le modalità e gli effetti dell'azione, nonché circa il significato da riconoscere nell'ordinamento comunitario al diritto che s'invoca a giustificazione dell'"inerzia" da parte delle pubbliche autorità nazionali.

La Corte non si limita a riconoscere che a fondamento dell'azione dei privati c'è un diritto considerato fondamentale dall'ordinamento austriaco, per ritenere giustificato il mancato intervento a garanzia della libertà di circolazione, ma si chiede se tale diritto possa considerarsi parte dei principi generali del diritto comunitario, richiamando il consolidato principio giurisprudenziale accolto nell'art.6.2 TUE⁵⁹. La presenza della libertà di espressione e di assemblea nelle "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri" e nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo le consente di ritenere la tutela dei diritti in questione un "*interesse legittimo che, in principio, giustifica la restrizione della libertà di circolazione*" (punto 74). Ricondotta l'argomentazione nell'ambito delle "ragioni giustificative", la Corte applica anche al caso di specie il principio della "proporzionalità" dei mezzi utilizzati rispetto ai fini, che si traduce in un giudizio di bilanciamento tra la libertà fondamentale dei manifestanti e la libertà di circolazione delle merci: si tratta di valutare se nel caso di specie non fossero state possibili restrizioni a tali libertà che

⁵⁷ C. Giust. causa C-36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeister der Bundesstadt Bonn*, [2005] Racc. I-9609. Per un'analisi critica della sentenza cfr. T.Ackermann, *Note on Omega*, CMLR 2005, 1107 ss., che giudica il principio accolto dalla Corte troppo generico e tale da permettere un'eccessiva discrezionalità. La sentenza è commentata criticamente anche da M.K.Bulterman- H.R. Kranenborg, ult. cit., 93 ss.

⁵⁸ Cfr. supra nt.37

⁵⁹ Come sottolineano P.Oliver-W. Roth, *The Internal Market*, cit., 438, a commento della sentenza *Schmidberger*, "*attention should [...] be drawn to the insistence that only those fundamental rights recognized as such in Community law itself are thus protected*"

"corrispondono effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscono, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati" (punto 80). In altre parole il giudizio di "proporzionalità" nel caso in cui la deroga ad una libertà fondamentale del TCE si basi sull'esigenza di tutelare un altro diritto fondamentale acquista una valenza "bilaterale", perché anche quest'ultimo ammette solo restrizioni necessarie e proporzionate al fine perseguito.

In tale giudizio di bilanciamento la Corte considera sia il fatto che la manifestazione era stata previamente autorizzata (quindi era pienamente legittima per il diritto interno) sia il fatto che gli effetti della stessa avevano mantenuto un rilievo locale e circoscritto: si trattava in sostanza di un singolo evento limitato ad una unica arteria stradale. Oltre a ciò, sul giudizio finale, pesa l'assenza di finalità "protezionistiche" dei manifestanti (mossi solo da obiettivi ambientalistici)⁶⁰ e l'adozione, da parte delle autorità austriache, di misure che, senza vietare la manifestazione, erano comunque tese a limitare i danni e l'intralcio alla circolazione (punti 86-88). Infine la Corte considera fondati i timori del Governo austriaco circa gli effetti controproducenti che interventi più incisivi avrebbero potuto determinare sul piano dell'ordine pubblico e, quindi, sulla stessa libertà di circolazione che s'intendeva proteggere (punto 92).

Se ne ricava che per escludere la responsabilità statale non basta che si sia in presenza di un diritto fondamentale che la Corte considera facente parte dei principi generali del diritto comunitario, ma è necessario anche che lo Stato dimostri come nel caso di specie restrizioni e limitazioni di quel diritto necessarie per tutelare la libertà economica minacciata dal suo esercizio avrebbero finito per incidere sul nucleo essenziale dello stesso (*"la sostanza stessa"* del diritto). Spetta alla Corte di giustizia e non allo Stato membro operare un simile giudizio di bilanciamento, che dipende dal tipo di diritto che è in gioco e dagli effetti

⁶⁰ Schmidberger, cit, punto 86. La Corte per la verità non adotta un approccio chiaro ed univoco riguardo al problema cruciale del rilievo delle finalità perseguite con l'azione dei soggetti privati, dal momento che in un altro passaggio della sentenza (punto 66) si afferma che *"gli obiettivi specifici di tale manifestazione non sono, in quanto tali, determinanti nell'ambito di un'azione giurisdizionale quale quella intentata dalla Schmidberger, che mira a invocare la responsabilità di uno Stato membro per l'asserita violazione del diritto comunitario"*; in dottrina, sottolinea la necessità di valutare le finalità perseguite dai dimostranti, al fine di operare il giudizio di "bilanciamento" tra diritti fondamentali, C. Brown, *Note on Schmidberger*, CMLR 2003, 1505. Nello stesso senso cfr. J. Morijn, *Balancing Fundamental Rights*, cit., 29 che (ignorando il punto 86) identifica proprio nel punto 66 della sentenza il principale momento di criticità dell'argomentazione della Corte

più o meno rilevanti che il suo esercizio produce sugli scambi intracomunitari.

E' vero che in questo caso la Corte ha finito per rispettare le scelte discrezionali operate dallo Stato membro⁶¹. Ed è altresì vero che nell'applicare il principio di proporzionalità la Corte riconosce sempre un margine più o meno ampio di discrezionalità agli Stati, in alcuni casi lasciando alle Corti nazionali la valutazione circa la corretta applicazione dello stesso⁶². Ma mai la Corte di Giustizia rinuncia ad indirizzare le Corti nazionali ed a ribadire che la discrezionalità statale deve comunque essere esercitata "nel rispetto del Trattato"⁶³.

Nel caso *Smidberger* la Corte è stata chiamata a valutare la legittimità del comportamento "omissivo" dello Stato e non a sindacare la legittimità degli atti dei privati alla luce dell'art.30 TCE, non essendo oggetto del giudizio l'efficacia orizzontale di tale norma. Ciò non le ha impedito però di domandarsi se quell'azione fosse o meno da considerarsi esercizio di un diritto fondamentale riconosciuto dall'UE e se fosse stata condotta senza finalità protezionistiche ed in maniera tale da limitare gli effetti sulla circolazione intracomunitaria. In altre parole solo una parte delle valutazioni della Corte ha avuto per oggetto il comportamento statale e le misure da questo adottate, a conferma del fatto che anche il principio della responsabilità indiretta implica un giudizio sui limiti di esercizio dell'azione collettiva dei privati⁶⁴.

⁶¹ E' quanto sottolinea C.Barnard, *The Substantive Law*, cit., 70

⁶² Ciò è rilevabile in particolare nei procedimenti fondati sull'art.177 TCE; cfr. in merito F.C.Jacobs, *Recent Developments in the Principles of Proportionality in EC Law*, in E.Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality*, cit., 19

⁶³ Come si legge nella sentenza *Omega Spielhallen*, cit., punti 30-31 "Tuttavia, la possibilità per uno Stato membro di fare uso di una deroga prevista dal Trattato non esclude il controllo giurisdizionale delle misure di applicazione di tale deroga. Inoltre, la nozione di 'ordine pubblico' nel contesto comunitario e, in particolare, in quanto giustificazione di una deroga alla libertà di prestazione dei servizi dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie. Ne deriva che l'ordine pubblico può essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività. Nondimeno, le circostanze specifiche che potrebbero giustificare il richiamo alla nozione di ordine pubblico possono variare da un paese all'altro e da un'epoca all'altra. È perciò necessario lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale entro i limiti imposti dal Trattato"

⁶⁴ Analogamente, con riguardo alle valutazioni della Corte nel caso dei contadini francese, cfr K.Mully, *Angry Farmer and Passive Policemen: Private Conduct and the Free Movement of Goods*, ELR 1998, 471-474. Di opinione diversa è J. Morjin, *Balancing Fundamental Rights*, cit., 27 ss che sottolinea criticamente come l'approccio adottato dalla Corte in *Schmidberger*, basato sul principio della responsabilità statale indiretta, "sposti" l'oggetto del giudizio dal comportamento dei privati all'atto di autorizzazione dello Stato e impedisca una piena valutazione circa la legittimità delle finalità e degli effetti perseguiti dai dimostranti. L'autore auspica una maggior fedeltà alla giurisprudenza della Corte Europea

Il giudizio di bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali che la Corte è chiamata ad effettuare si profila di natura simile nel caso in cui sia in questione la responsabilità indiretta dello Stato o nel caso (ad oggi ancora ipotetico) in cui si consideri la responsabilità dei privati per violazione delle norme del TCE. Ciò che cambia (oltre agli effetti di tali giudizi) è il fatto che nel primo caso, anche considerando legittimamente esercitato il diritto fondamentale da parte dei privati, lo Stato potrebbe essere egualmente considerato responsabile se non ha adottato le misure necessarie e compatibili con l'esercizio di quel diritto, per rimuovere l'ostacolo o ridurre l'impatto sugli scambi intracomunitari.

E' possibile concludere che l'"immunità" di un'azione collettiva dai vincoli posti dall'art.49 TCE dipende dalla qualificazione della stessa come diritto fondamentale per l'ordinamento comunitario. Ma allo stesso tempo, una simile configurazione non esclude comunque il vaglio da parte della Corte di giustizia della sua concreta modalità d'esercizio al fine di effettuare un giudizio di bilanciamento con le libertà fondamentali del Trattato che si ritengono violate.

4. Legge applicabile e direttiva sul distacco. La legittimità dell'azione collettiva dei lavoratori distaccati.

Tema connesso ma non sovrapponibile a quello della vincolatività dell'art.49 nei confronti di chi attua un'azione collettiva, è quello della legge applicabile allo sciopero effettuato dai lavoratori stranieri distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale. I casi Vaxholm e Viking sopra richiamati riguardano ipotesi di sciopero attuato da lavoratori di uno Stato membro per imporre ad un'impresa straniera il rispetto degli standard lavorativi propri di quello Stato o per impedire ad una impresa (nel caso Viking una compagnia navale) di spostarsi in un Stato membro per sfruttare i differenziali di costo del lavoro. *Nulla questio* sulla legge applicabile, che è quella dello Stato di appartenenza dei lavoratori che pongono in essere l'azione collettiva. Il problema posto all'attenzione della Corte attiene alla legittimità di tale azione alla luce del diritto comunitario, da cui la rilevanza del tema, sin qui affrontato, dell'efficacia nei rapporti interprivati dell'art.49 TCE.

dei Diritti dell'Uomo, il che garantirebbe un sindacato sul comportamento dei privati non "filtrato" dalla condotta dello Stato; un'evoluzione della giurisprudenza che (per quanto qui interessa) rafforzerebbe le conclusioni fatte proprie da chi scrive circa la sovrapponibilità dei giudizi sulla responsabilità diretta dei privati e sulla responsabilità indiretta degli Stati.

Ma *quid* se l'azione collettiva è attuata dai lavoratori distaccati, sia essa o meno coordinata con quella dei lavoratori dello Stato ospitante? In questo caso al problema (comune a quello sollevato dall'azione dei lavoratori di quest'ultimo) della compatibilità del loro comportamento con l'art.49, si aggiunge quello della normativa applicabile durante il periodo del distacco, ben potendo essere diversa la risposta circa la legittimità dell'azione collettiva a seconda che questa sia la legge dello Stato d'origine o dello Stato dove la prestazione è fornita.

Nel caso di uno sciopero dei lavoratori distaccati si può dire che si apra la prospettiva di un duplice vaglio di compatibilità con il diritto comunitario. Si tratta sia di valutare la legittimità dell'azione collettiva posta in essere, se questa comporta un ostacolo alla libera circolazione dei servizi (naturalmente qualora questa si consideri tutelabile anche a fronte di azioni dei privati), sia di valutare se l'estensione della normativa dello Stato ospitante in materia di sciopero sia o meno compatibile con le norme del TCE ovvero non costituisca a sua volta un ostacolo alla libera circolazione dei servizi. Il primo vaglio attiene all'efficacia orizzontale dell'art.49 TCE, il secondo all'efficacia "verticale", e chiama in causa la natura di ostacolo alla libera circolazione dei servizi che può assumere una normativa lavoristica di uno Stato membro che si pretende applicare ai lavoratori dipendenti dell'impresa straniera⁶⁵. E proprio una funzione "chiarificatrice" circa l'ambito di applicabilità della normativa lavoristica dello Stato ospite ai lavoratori distaccati intende svolgere la direttiva 96/71/CE, che impone l'estensione agli stessi di standard minimi di tutela previsti da tale normativa nelle materie elencate nell'art.3.1⁶⁶. Le due questioni (l'una attinente all'efficacia verticale l'altra all'efficacia orizzontale), pur strettamente connesse, restano concettualmente distinte.

Come visto, la legittimità del fatto "azione collettiva" per il diritto comunitario dipende dal giudizio circa la sua riconducibilità all'esercizio di un diritto fondamentale, riconosciuto come tale nell'ordinamento dell'Unione, ma tale giudizio presuppone che l'azione sia considerata legittima dalla normativa ad essa applicabile. La legittimità dell'azione

⁶⁵ L'applicazione ai lavoratori distaccati delle medesime condizioni di lavoro dei lavoratori nazionali deve considerarsi una restrizione alla libertà di circolazione dei servizi in quanto capace di ostacolare o rendere meno attraente l'attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro. Si tratta poi di valutare se tale restrizione sia o meno fondata su esigenze di "carattere imperativo" o di "interesse pubblico" perseguite con mezzi "proporzionati", come afferma la Corte di giustizia a partire dalle sentenze Webb e Seco (cfr. C. Giust. causa 279/80, *Procedimento penale contro Webb* [1981] Racc. 3305; cause riunite 62-63/81, *Seco c. EVI* [1982], Racc. 223; cfr. anche le sentenze citate infra in nota 67)

⁶⁶ Sulla direttiva 96/71/EC l'analisi più convincente resta quella di P.Davies, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems*, CMLR 1997, 571 ss.

potrebbe allora dipendere dall'applicazione al caso di specie della normativa (se più favorevole) dello Stato ospitante: un fatto possibile, ma non automatico, e la cui legittimità passa ancora una volta dal giudizio sulla fondatezza delle ragioni che giustificano un intralcio alla libertà di circolazione determinato (questa volta) da una norma: quella appunto che lo Stato ospitante pretende di applicare ai lavoratori stranieri. Tale giudizio (ed è questo che s'intende sottolineare) non coincide con quello relativo alla legittimità del comportamento dei soggetti che pongono in essere l'azione collettiva, pur fondandosi sull'interpretazione dello stesso articolo del TCE (art.49).

Il giudizio sull'applicabilità della normativa relativa alle condizioni di lavoro (sia di natura eteronoma che convenzionale) dei lavoratori distaccati impone un vaglio circa la natura della norma che si pretende applicare (ovvero la sua funzionalità ad esigenze di interesse pubblico o di carattere imperativo), circa l'assenza nel paese d'origine di norme che soddisfano gli interessi che s'intende tutelare e circa la necessità e proporzionalità della disciplina applicata agli scopi che con essa d'intende perseguire⁶⁷. Il carattere di tale giudizio non è modificato da quanto prevede la direttiva 96/71: al di là delle materie elencate nell'art.3.1 della stessa (tra le quali non rientra lo sciopero), si riconosce la possibilità per gli Stati di applicare la propria normativa se questa contiene "disposizioni di ordine pubblico" compatibili con le regole del TCE (art.3.10). L'efficacia diretta dell'art.49 non preclude il controllo da parte della Corte sulla legittimità dell'estensione ai lavoratori distaccati di norme considerate di "ordine pubblico", alla luce dei sopra richiamati principi di origine giurisprudenziale⁶⁸. S'intende dire che il contenuto precettivo della

⁶⁷ La Corte di Giustizia ha costantemente utilizzato il principio di proporzionalità per valutare la legittimità dell'estensione del diritto del lavoro interno alle imprese straniere erogatrici di servizi: cfr. C. Giust. cause riunite C-369, 376/96, *Procedimento penale contro Jean-Claude Arblade et. Al.* [1999] Racc. I-2189; cause riunite C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98, *Finalarte Sociedade de Construcao Civil Lda* [2001] Racc. I-7831; causa C-165/98, *Procedimento penale contro André Mazzoleni e Intersurveillance Assistance SARL* [2001] Racc. I-2189; causa C-164/99, *Portugaia Construcoes Lda* [2002] Racc. I-787; causa C-445/03, *Commissione c. Lussemburgo* [2004] Racc. I-10191; causa C-341/02, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania* [2005] Racc. I-2733; causa C-244/04, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania* [2006] Racc. I-885. In merito da ultimo cfr. U.Carabelli-V.Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di non regresso nelle direttive sociali*, WP "M.D'Antona".INT, n.64/2005, p.23 ss.

⁶⁸ Come ricorda M.Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm*, cit., 242 richiamando i *dicta* della Corte di Giustizia, la nozione di "ordine pubblico" richiamata dalla direttiva "non deve essere quella propria degli ordinamenti nazionali, ma quella elaborata dalla giurisprudenza comunitaria" (per tutte cfr. Arblade, cit, punto 34); ciò è in linea con quanto sopra detto a proposito delle cause di giustificazione (cfr. nt.63). La Commissione ha esplicitamente richiamato gli Stati ad una interpretazione rigorosa e restrittiva della nozione in parola, ricordando che essa coincide non con quella di "ordine pubblico interno", ma con quella di "ordine pubblico

nozione di "ordine pubblico" adottata dalla direttiva dipende comunque dall'interpretazione che della stessa è data dalla Corte di giustizia.

L'estensione ai lavoratori distaccati della normativa nazionale relativa al diritto di sciopero potrebbe essere ammissibile in quanto considerata di "ordine pubblico" e funzionale a garantire una tutela non prevista dalla legge dello Stato d'origine; per cui uno sciopero, per ipotesi illegittimo in base alla normativa dello Stato d'origine potrebbe essere considerato legittimo in ragione dell'applicazione della normativa dello Stato ospitante, senza che ciò venga censurato dalla Corte come intralcio alla libera circolazione dei servizi. Ciò non esclude però che, qualora l'azione collettiva, legittimamente regolata dal diritto dello Stato ospitante, determini intralcio o ostacoli la prestazione del servizio, lo Stato stesso possa essere chiamato a risponderne in base ai principi elaborati dalla Corte sulla responsabilità indiretta o addirittura possa configurarsi una responsabilità "diretta" di chi tale azione ha posto in essere (se si accetta la tesi dell'"efficacia orizzontale").

E' possibile anche l'ipotesi contraria: si pensi al caso in cui l'azione posta in essere, in linea teorica giustificabile in base all'argomento dei diritti fondamentali, risulti "legittimamente" censurabile in base al diritto comunitario, in ragione dell'applicazione nel caso di specie della legge del paese d'origine dei lavoratori distaccati.

Le valutazioni circa la normativa applicabile in base all'art.49 TCE (ed alle disposizioni della direttiva) e circa la legittimità dell'azione collettiva ai sensi dello stesso articolo, si collocano su piani diversi. La giurisprudenza che ha vagliato la legittimità delle norme lavoristiche alla luce dell'art.49 TCE (al pari della direttiva 96/71) detta principi di diritto internazionale privato⁶⁹. Non fornisce risposte circa gli standard di tutela, ma solo circa la normativa applicabile ai lavoratori distaccati durante il periodo del distacco (ed anche su questo piano con ampi margini di incertezza). Il riconoscimento di un diritto come valore fondamentale per l'UE non risolve il problema della differenza di regolazione tra gli ordinamenti in merito a quello stesso diritto. Per quello che qui interessa, anche se il diritto di sciopero venisse considerato un diritto fondamentale rientrante tra i principi generali che l'ordinamento comunitario riconosce,

internazionale" (cfr. Commissione CE, Comunicazione del 25.7.2003, *L'applicazione della direttiva 96/71/CE negli Stati membri*, COM (2003) 458, 13-14).

⁶⁹ Sul coordinamento tra direttiva 96/71 e Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 cfr. M.E.Corrao, *Profili internazionale-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, in LD 2005, 518 ss., per la quale "la direttiva [...] non intende sostituirsi alla convenzione [...] bensì prescrivere una tutela aggiuntiva nei confronti del prestatore di lavoro subordinato rispetto a quella da questa prevista".

ciò non impedirebbe ad uno Stato membro di limitarne l'esercizio a garanzia della libera prestazione di servizi.

In altre parole, un intralcio prodotto da un'azione collettiva alla libera prestazione di servizi può essere compatibile con il diritto comunitario se considerato esercizio di un diritto fondamentale, ma tale riconoscimento lascia impregiudicato il problema della tutela di quel diritto da parte dei lavoratori "distaccati" qualora la normativa ad essi applicabile non la garantisca.

I due profili potrebbero essere ricondotti ad unità soltanto laddove si considerasse l'azione collettiva materia di competenza dell'UE; cosa che come noto è esclusa dall'art.137.5 TCE. In tal caso il diritto fondamentale potrebbe assumere quella doppia funzione ripetutamente richiamata in dottrina di limite all'integrazione negativa e di orientamento per l'integrazione positiva⁷⁰ e si aprirebbero spazi per la definizione di standard di tutela di quel diritto al cui rispetto sarebbero tenuti tutti gli Stati membri.

4.1. A proposito del caso Laval-Vaxholm. Legge applicabile ed azione collettiva dei lavoratori dello Stato ospitante

Se è vero che la direttiva 96/71 rappresenta una fonte (speciale) di diritto internazionale privato, può sorprendere che, nel preambolo della stessa, si affermi che essa non incide sul "*diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria*" (considerando 22). Visto che la direttiva si limita a stabilire regole di selezione della norma applicabile ai lavoratori distaccati, non si vede in che modo la sua implementazione dovrebbe incidere sul diritto vigente degli Stati membri. Ciò che è a rischio non è infatti il diritto vigente degli Stati membri, sul quale la direttiva non influisce direttamente, ma al più la praticabilità di un'azione collettiva che coinvolga anche i lavoratori distaccati, nel caso in cui a questi venga applicata la legge dello Stato d'origine ed in base ad essa la loro azione sia da considerarsi illegittima. Più in generale a rischio è la possibilità di organizzare azioni sindacali coinvolgenti lavoratori del paese ospitante e lavoratori distaccati, se manca una comune disciplina ad esse applicabile.

⁷⁰ Tra gli altri cfr. J.H.H.Weiler- S.Fries, *A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences*, in P.Alston- M.Bustelo- J.Heenan (eds.), *The European Union and Human Rights*, Oxford, 1999 e S.Sciarra, *La constitutionnalisation de l'Europe sociale, entre droits sociaux fondamentaux et soft law*, in O.De Schutter- P.Nihoul (eds.), *Une Constitution pour l'Europe. Reflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Brussels, 2004, 171.

Il considerando in questione acquista però rilevanza se si considera quanto sopra accennato a proposito del rapporto tra azione collettiva e contratto collettivo nell'ambito dei principi relativi alla libera prestazione dei servizi. Un'azione collettiva finalizzata ad imporre un contratto collettivo ad un'impresa straniera al di là dei limiti consentiti dall'art.49 TCE e dalla direttiva 96/71, potrebbe considerarsi un atto capace di intralciare la libera prestazione dei servizi. E', come visto, quanto prospettato nel caso Vaxholm, che non a caso ha dato origine a questioni pregiudiziali fondate sulla corretta interpretazione della direttiva. Quest'ultima viene invocata non per valutare se il diritto di sciopero dei lavoratori distaccati possa o meno essere regolato dalla legge del paese ospite, ma per contestare la legittimità dell'esercizio dello stesso da parte dei lavoratori svedesi che lo attuano per far applicare ai lavoratori distaccati condizioni di lavoro che la medesima direttiva non prevede né ammette⁷¹. La direttiva 96/71 potrebbe incidere sugli standard di tutela del diritto di sciopero propri dello Stato ospitante qualora si considerasse che questa non ammette l'applicazione ai lavoratori distaccati del contratto collettivo che con l'esercizio di quel diritto i lavoratori nazionali cercano di imporre all'impresa straniera⁷². L'illegittimità dello sciopero conseguirebbe dal perseguimento di una finalità considerata in contrasto con il diritto comunitario.

Come premesso, non si vuole in questa sede entrare nel merito delle singole questioni sollevate nel caso Vaxholm; il che imporrebbe di

⁷¹ La prima questione pregiudiziale proposta alla Corte di Giustizia nella causa C-341/05 è la seguente: *"Se sia compatibile con le norme del Trattato CE sulla libera prestazione dei servizi e sul divieto di qualsiasi discriminazione a causa della nazionalità, nonché con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CEE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, il fatto che le organizzazioni sindacali tentino, mediante un'azione collettiva esercitata sotto forma di un blocco, di indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere un contratto collettivo nello Stato di occupazione relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione, come quello descritto nella precitata decisione dell'Arbetsdomstolen, se la situazione nello Stato di occupazione è tale che la legislazione volta a recepire detta direttiva è priva di qualsiasi disposizione espressa sull'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione nei contratti collettivi"*

⁷² Secondo M. Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm*, cit., 245 il fatto che i lavoratori svedesi nel caso Vaxholm perseguono finalità di proteggere loro stessi dal dumping sociale, esporrebbe la loro azione alla probabile censura da parte della Corte, dal momento che il fine della direttiva è quello di tutelare i lavoratori distaccati e non di "proteggere" il mercato del lavoro nazionale. La Corte tuttavia ha più volte sottolineato (come ricorda lo stesso Pallini) che ciò che rileva non è tanto l'"intento" di "protezionismo" eventualmente perseguito estendendo la normativa nazionale ai lavoratori stranieri, ma il fatto che tale normativa *"considerata in modo obiettivo [...] promuova la tutela dei lavoratori distaccati"* (cfr. Finalarte, cit., punto 41 e Portuguesa, cit., punti 25-30). Il ragionamento, adottato in relazione alle "intenzioni" del legislatore nell'adottare una legge, può applicarsi anche alle "intenzioni" dei sindacati nell'imporre un contratto collettivo.

affrontare il complesso problema dei limiti dell'applicabilità dei contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes* alle imprese straniere di servizi⁷³. Qui si vuole sottolineare come la disciplina comunitaria contenuta nella direttiva 96/71 può incidere in maniera diversa sul diritto all'autotutela collettiva, a seconda che questo sia esercitato dai lavoratori del paese ospitante o da quelli del paese d'origine. Per i primi limiti possono derivare dall'"illegittimità" del fine perseguito con l'azione sindacale, per i secondi anche dalla "legittimità" dell'applicazione alla stessa della normativa del paese di appartenenza.

Ecco allora che il considerando 22 riacquista significato, dal momento che in base ad esso deve ritenersi esclusa la possibilità di un utilizzo della direttiva finalizzato a mettere in discussione la normativa interna relativa alla regolazione del diritto all'azione sindacale. L'inciso in questione impedirebbe insomma *a priori* di operare la valutazione della compatibilità con l'art.49 TCE dell'azione collettiva attuata dai lavoratori dello Stato ospitante: una valutazione che, se realizzata, finirebbe ancora una volta per chiamare in causa la natura ed il significato attribuito al diritto di sciopero nell'ordinamento comunitario.

Tuttavia qualche dubbio a riguardo è avanzabile, non tanto perché l'inciso non è inserito nel testo della direttiva (vista la ormai pacifica considerazione dei considerando come norme rilevanti per interpretare la portata della parte dispositiva), quanto per il rapporto che si configura tra la direttiva e le norme del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi. Queste infatti hanno efficacia diretta, da cui il valore di mero strumento di chiarificazione e specificazione del loro contenuto precettivo da riconoscere alla direttiva 96/71. E' quanto conferma la stessa Corte di Giustizia, che ha continuato negli ultimi anni ad applicare ai lavoratori distaccati l'art.49 TCE, interpretando la stessa direttiva alla luce dei principi da tale articolo deducibili. Pare difficile ritenere vincolata la Corte di Giustizia dal considerando della direttiva, nel momento in cui interpreta non tanto il testo di quest'ultima, ma direttamente la norma del Trattato sulla quale la stessa direttiva fonda la sua legittimità.

La questione va posta in altri termini, chiedendosi se il considerando 22 non si limiti a recepire un principio già presente nell'ordinamento comunitario, in base al quale questo rispetta quanto i singoli ordinamenti prevedono in merito alla disciplina dell'azione collettiva. Se ciò fosse vero si porrebbe il problema di capire la relazione di tale principio, che sembra far salvi gli standard nazionali in materia di conflitto sindacale, con quanto sopra detto in merito alla giurisprudenza della Corte relativa alle deroghe alla libertà di circolazione ed in

⁷³ Sul tema si tornerà *infra*, parte II par.3.1.

particolare all'argomento basato sul rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dall'UE. Su questi temi, che impongono di affrontare il problema del significato da attribuire al diritto all'azione collettiva nell'ordinamento comunitario, è opportuno soffermarsi nelle pagine che seguono.

Parte II

1.1. Quale diritto di sciopero? Un diritto fondamentale senza base normativa

Il TCE esclude il diritto di sciopero dalle materie di competenza della Comunità europea (art.137.5). Una scelta confermata dal Trattato costituzionale (art. III-210.6) e che può essere letta come espressione della volontà di rispettare gli standard nazionali, rinunciando a qualsiasi interferenza del diritto comunitario su un terreno nel quale è difficile prospettare armonizzazioni normative, in ragione della eccessiva difformità delle discipline nazionali. I pochi riferimenti allo sciopero ed al diritto alle azioni collettive nelle fonti derivate sembrano confermare tale chiave di lettura. Si è detto del considerando 22 della direttiva 96/71; ad esso si deve aggiungere il disposto di cui all'art.2 del Regolamento 2679/98, nel quale si sancisce il divieto di utilizzare le disposizioni in esso contenute in modo da incidere sull'esercizio dei diritti fondamentali, tra i quali va incluso *"il diritto o la libertà di sciopero"* ed *"il diritto o la libertà di adottare altre azioni contemplate dagli specifici sistemi che regolano le relazioni industriali negli Stati membri"*.

Se ne dovrebbe trarre la conclusione che il diritto comunitario non si "possa" occupare del conflitto sindacale, per cui anche quegli strumenti regolativi che potenzialmente potrebbero incidere su tale materia si fermano davanti all'esercizio di quel diritto. Esso godrebbe insomma di una sorta di immunità assoluta, che si tradurrebbe nel puro e semplice riconoscimento come compatibile con il diritto comunitario di quanto ogni Stato membro prevede in materia. L'assenza di competenza non sarebbe segnale di scarsa considerazione ma di massima attenzione e garanzia, visto che grazie ad essa si porrebbe l'azione collettiva al riparo dalle dinamiche del mercato interno. Con riguardo al tema oggetto di queste pagine, limitazioni all'esercizio di quel diritto derivanti dall'applicazione dei principi elaborati dalla Corte in materia di libertà di circolazione dei servizi, non sarebbero mai configurabili.

Una simile impostazione sembra difficilmente compatibile con i principi generali sui quali si fonda l'integrazione europea. Il diritto di azione collettiva si confronta con il processo d'integrazione comunitaria al

pari di tutti gli altri diritti riconosciuti negli ordinamenti nazionali sui quali non esiste una specifica competenza delle istituzioni comunitarie. Esso acquista rilevanza nel momento in cui il suo esercizio si pone in conflitto con norme e principi di diritto comunitario; quando ciò avviene il problema della portata e dei limiti di quel diritto diventa ineludibile, perché diventa necessario operare un bilanciamento ed un confronto con tali principi. Ciò, si ripete, vale per qualsiasi diritto fondamentale, sia esso o meno attratto nella sfera di competenza del Trattato CE, come insegna la giurisprudenza in materia della Corte di giustizia. Gli esempi sopra richiamati dimostrano che, nel momento in cui questa è chiamata a valutare la fondatezza di un'eccezione al rispetto di una norma del TCE, non può non operare una valutazione circa il fatto che tale eccezione sia giustificata dal richiamo a valori facenti parte l' *acquis communautaire*.

Alla definizione di quali siano tali valori è stata orientata tutta la riflessione intorno ai diritti fondamentali che, a partire dagli anni ottanta, ha impegnato istituzioni, dottrina e società civile, e che è sfociata nell'elaborazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, poi inserita nel Trattato costituzionale. Proprio perché la Carta rappresenta una tappa di un lungo processo evolutivo coinvolgente tutti gli attori che concorrono a determinare l'*acquis communautaire*, l'elenco dei diritti in essa inserito acquista un significato (anche sul piano giuridico) che va al di là della sorte che al Trattato costituzionale riserverà la storia dell'integrazione europea⁷⁴.

Nella Carta di Nizza il diritto all'azione collettiva, ivi compreso lo sciopero, trova espressa cittadinanza: l'art.28 (art.II-88 del Trattato costituzionale)⁷⁵ se da una parte introduce un elemento di tensione, se

⁷⁴ La Corte di Giustizia appare ancora poco propensa ad utilizzare la Carta come fonte di riferimento per identificare i diritti fondamentali facenti parte dei principi generali del diritto comunitario, e resta fedele alla tradizionale impostazione che considera fonti d'ispirazione privilegiate a tal fine le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (da ultimo cfr. J.Morijn, *Balancing Fundamental Rights*, 18 ss). Un'impostazione non rassicurante per il diritto di sciopero, né per i diritti sociali in generali, non compresi nella CEDU. Il perfezionamento del processo di "costituzionalizzazione" dei Trattati comporterebbe il superamento di una simile impostazione, ma è possibile pensare ad una lenta ma progressiva apertura verso un utilizzo della Carta nella giurisprudenza della Corte anche se questo non si compirà in tempi brevi, visto l'ormai frequente riferimento che alla stessa viene fatto dagli Avvocati generali (vd. tra le ultime, C. Giust. causa C-13/05, *Chacón Navas c. Eurest Collectividades SA*; causa C-94/04, *Cipolla c. Rosaria Portolese Infazari*; causa C-3/05, *G. Verdoliva c. J.M. Van der Hoeven BV e al.*).

⁷⁵ L'art.28 della Carta (art.II-88 del Trattato costituzionale) prevede che: "*I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero*"

non di contraddittorietà, con l'art.137.5 TCE (art.III-210.6 del Trattato Costituzionale), dall'altra proprio di tale disposto ridimensiona la portata, o meglio ne chiarisce il significato. L'UE, nei confronti del diritto di sciopero, rinuncia ad assumersi competenze regolative da realizzarsi attraverso la troppo invasiva armonizzazione per mezzo di fonti di *hard law*, ma non dismette il suo ruolo di supremo arbitro delle dinamiche dell'integrazione comunitaria, anche quando queste incrociano l'esercizio di quel diritto. Nella perdurante assenza di competenze in materia, la funzione dell'art.28 della Carta dei Diritti è quella di orientare la Corte di Giustizia nel delicato compito di definire se ed in che misura il diritto all'azione collettiva possa porsi come limite agli effetti dell'integrazione "negativa". Il contenuto di quest'articolo diventa così riferimento di prioritaria importanza per chiarire quale spazio l'ordinamento comunitario riconosca all'azione diretta delle parti sociali, quando questa entra nell'orbita del mercato interno.

1.2.1 limiti interni dell'azione collettiva comunitaria.

Le "storie" nazionali del diritto di sciopero insegnano che non esiste un unico diritto di sciopero, ma ve ne sono tanti quante sono le definizioni che dello stesso vengono date nei singoli ordinamenti. In un saggio ormai classico, Lord Wedderburn ha chiarito come limiti significativi a quel diritto siano rintracciabili in tutti gli ordinamenti in ragione dei principi che in ciascuno sono accolti in relazione alla titolarità dello stesso, ai fini che con esso sono perseguibili, alla sua più o meno forte funzionalizzazione alla stipula di un contratto collettivo, alle modalità con le quali viene esercitato, ai diritti ed interessi che chi lo esercita è comunque tenuto a garantire⁷⁶. Se l'ambito di legittimità che spetta all'esercizio di quel diritto dipende, anche a livello comunitario, dal combinarsi di questi fattori, l'art.28 facilmente è destinato a divenire non la tappa finale, ma il punto di partenza di un processo di progressiva definizione dell'*ubi consistam* dello stesso nell'ordinamento dell'Unione.

Gli effetti di tale processo si prospettano tanto più incerti quanto più complesso è l'intrecciarsi di piani ordinamentali e di fonti nazionali e sovranazionali con i quali la stessa Carta chiede di confrontarsi. Non si tratta solo di risolvere il problema del valore giuridico della Carta e della sua eventuale "costituzionalizzazione". Nel momento in cui lo sciopero emerge come diritto fondamentale nell'ordinamento comunitario, questo stesso ordinamento impone di tener conto, per determinarne il contenuto,

⁷⁶ Cfr. Lord Wedderburn, *The Right to Strike: Is there an European Standard?*, in Id., *Employment Rights in Britain and Europe: Selected Papers in Labour Law*, London, 1991

di quanto relativamente ad esso prescrivono i sistemi nazionali, i principi costituzionali ad essi comuni, gli standard internazionali, le norme del TCE, la CEDU e la Carta Sociale Europea (CSE)⁷⁷. Nell'interpretare la Carta è poi necessario tener conto delle spiegazioni alla stessa elaborate dal Presidium, visto il sorprendente obbligo rivolto ai giudici nazionali e comunitari introdotto dall'art.52.7 (II-112.7 del Trattato costituzionale).

Proprio le Spiegazioni forniscono indicazioni circa l'interpretazione dell'art.28. In primo luogo si ricorda che il testo di quest'articolo si ispira a quello dell'art.6 della CSE e degli artt. 12-14 della Carta Comunitaria dei Diritti Sociali Fondamentali dell'89 (CCDSF). Il che sembra suggerire una lettura dell'art.28 coerente con quanto ricavabile dalle due Carta richiamate; una lettura non semplice perché queste, in realtà, oltre a non avere una natura ed un valore assimilabili, non contengono formule identiche di riconoscimento di quel diritto, e perché la formula adottata a Nizza si differenzia a sua volta da entrambe.

Nella Carta di Nizza il diritto di ricorrere ad azioni collettive è riferito non solo ai lavoratori ed ai datori di lavoro, ma anche alle "rispettive organizzazioni". La considerazione dei c.d. modelli organici di sciopero, e di quello tedesco in modo speciale, appare duplice. Non solo (in ciò in conformità con la CSE) si accetta il principio della parità delle armi che impone il riconoscimento della serrata quale diritto di eguale dignità rispetto allo sciopero, ma si ammette che l'esercizio di quest'ultimo possa spettare alle sole organizzazioni sindacali. Lo scarto rispetto agli standard elaborati dal Comitato di esperti indipendenti della CSE (ora Comitato europeo dei diritti sociali) non è di poco conto, se si considera che proprio la Germania è stata da questo censurata in ragione della considerazione dello sciopero quale diritto ad esclusiva titolarità collettiva⁷⁸. La scelta dell'UE di scostarsi dalla CSE proprio sotto il profilo della titolarità segnala un'apertura nei confronti di quei sistemi nei quali il "controllo" del conflitto da parte dei sindacati è più forte.

Pur senza scegliere un modello di diritto di sciopero relativamente alla titolarità, la UE mostra attenzione ai sistemi nei quali l'arma del conflitto è posta nelle mani di soggetti considerati "rappresentativi" e per ciò stesso più "responsabili", o per usare la nota espressione olsoniana, più "*encompassing*". E' questo un aspetto tutt'altro che marginale della nozione di sciopero che emerge dalla Carta, perché può rafforzare la tendenza a riconsiderare la sua configurazione quale diritto individuale

⁷⁷ L'accento sul dialogo tra la Carta e le altre fonti "d'ispirazione" sovranazionali è posto in particolare da S.Sciarra, *Diritti Sociali. Riflessioni sulla Carta Europea dei diritti fondamentali*, ADL 2001, 391 ss; a riguardo cfr. anche S.Giubboni, *Social Rights*, cit., 215 ss.

⁷⁸ Cfr. European Committee of Social Rights (ECSR), *Conclusions XIV-I*, 361

anche in ordinamenti nei quali questa è tradizionalmente riconosciuta⁷⁹. E non si può a tal riguardo ignorare come alcuni dei primi scioperi "europei" siano stati attuati da organizzazioni sindacali non riconosciute nei singoli ordinamenti come rappresentative e che proprio questo tipo di sindacati siano quelli che pongono più attenzione (per ragioni ideologiche) alla solidarietà transnazionale tra lavoratori e rivendicano spazi per un'evoluzione in senso conflittuale delle relazioni sindacali europee.

La Carta non si discosta da quanto prevede la CSE in relazione al fatto che il diritto di ricorrere all'azione collettiva è riconosciuto "*in caso di conflitti di interessi*". Tale inciso ancora una volta guarda ai sistemi del nord Europa e permette di limitare lo sciopero se attuato nell'ambito di controversie su diritti, cioè risolvibili per via giudiziaria, come nel caso di una controversia sorta intorno all'interpretazione di un contratto collettivo avente efficacia generale. Introducendo un fattore di limitazione ignoto in molti ordinamenti nazionali, la Carta fa proprio in tal modo una lettura del diritto strumentale alla contrattazione collettiva ed apre a sistemi nei quali la stipula del contratto comporta un'obbligo di pace sindacale. E' vero che il Comitato Europeo dei diritti sociali ha accolto una nozione molto ampia di "contrattazione collettiva" includendovi anche controversie sorte intorno a decisioni datoriali foriere di conseguenze sulla condizione dei lavoratori⁸⁰, ma resta il fatto che nell'ordinamento comunitario sembra prendere corpo una concezione del diritto di sciopero non ispirata al principio dell'autodeterminazione dell'interesse collettivo da parte dei lavoratori organizzati⁸¹.

Lo stretto legame tra stipula del contratto collettivo e diritto di sciopero è confermato dalla sua collocazione nel medesimo articolo che riconosce il diritto di negoziazione, anche in questo caso analogamente a quanto dispone l'art.6 CSE. In sintonia con tale impostazione, l'Avvocato Generale Jacobs, nell'opinione del caso Albany, non solo ha iscritto il diritto all'azione collettiva nell'ambito delle dinamiche negoziali, ma adottando una lettura restrittiva delle materie sulle quali queste possono esprimersi senza entrare in contrasto con il diritto europeo della

⁷⁹ In Italia la necessità di superare la qualificazione dello sciopero come diritto assoluto della persona è autorevolmente sostenuta da T.Treu, *Il conflitto e le regole*, GDLRI 2000, 285 ss.

⁸⁰ Cfr. ECSR, Conclusions IV, 50: "*Any bargaining between one or more employers and a body of employees (whether de iure or de facto) aimed at solving a problem of common interest, whatever its nature may be, should be regarded as 'collective bargaining' within the meaning of Article 6*"

⁸¹ Il principio in parola, dedotto nell'ordinamento italiano dall'art.39 comma 1 Cost., è invocato da G.Giugni, *Il diritto sindacale*, Bari 2002, 234, per criticare la celebre sentenza della Corte costituzionale n.123/1962 sui limiti di legittimità dello sciopero di solidarietà.

concorrenza, ha implicitamente ristretto anche le finalità perseguibili con l'esercizio dello sciopero⁸².

Quello delle finalità legittimamente perseguibili appare il terreno nel quale il nascente diritto di sciopero comunitario sembra offrire meno garanzie, e ciò non solo per il riferimento al "*conflitto d'interessi*" contenuto nell'art.28. Le azioni collettive e lo sciopero sono riconosciute come diritto solo se attuate dai lavoratori o dai sindacati "*per la difesa dei loro interessi*", con ciò restando dubbia l'attrazione degli scioperi di solidarietà nella nozione adottata nella Carta.

L'inserimento di tale inciso appare tanto più significativo per il fatto che esso non è presente nell'omologa disposizione della CSE, né in quella contenuta nella CCDSF. Ciò nonostante la tutela delle azioni collettive a sostegno di altrui rivendicazioni non è un dato acquisito neppure nella prassi applicativa della fonte del Consiglio d'Europa. Il Comitato di esperti della CSE, nell'interpretarne l'art.6.4, non ha chiaramente attratto gli scioperi di solidarietà nell'ambito di applicazione di questa norma, pur censurando la legislazione britannica che, sanzionandone sempre l'esercizio, rende impossibile scioperare anche contro quello che, al di là della qualificazione giuridica, è la vera controparte dei lavoratori⁸³. Né indicazioni più confortanti vengono dalle fonti OIL, anch'esse possibili strumenti "complementari" di ispirazione nell'interpretare il disposto della Carta dell'UE. Gli organismi preposti alla supervisione delle Convenzioni OIL (in particolare la n.87 del 1948, relativa alla libertà di associazione e di organizzazione)⁸⁴ se da una parte adottano una nozione ampia di interessi socio-economici perseguibili con l'azione sindacale⁸⁵, dall'altra riconoscono la legittimità dello sciopero di solidarietà soltanto se condotto a supporto di un'azione "primaria" legittima⁸⁶. Un simile test di legittimità, se applicato ad azioni di solidarietà transnazionali, finisce per condizionarne la praticabilità al grado più o meno ampio di tutela apprestato dall'ordinamento dei lavoratori coinvolti nella controversia principale⁸⁷; l'applicazione di tale criterio a casi di azioni di boicottaggio e di solidarietà a sostegno di

⁸² Cfr. Albany, cit., Conclusioni dell'AG Jacobs, punti 193-194

⁸³ ECSR, *Conclusions I*, 183 e *Conclusions XII-1*, 131

⁸⁴ Le procedure di supervisione dell'ILO, ed in particolare il modo con cui opera il Committee on Freedom of Association (CFA), sono oggetto di ampia analisi da parte di T.Novitz, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford, 2003, 185 ss.

⁸⁵ Cfr. ILO, *CFA Digest of Decision*, Geneve, 1985, par. 363 e CFA, *Digest Decisions*, Geneve, 1996, par. 475

⁸⁶ Cfr. ILO, *Report of the Committee of Experts*, Geneve, 1999, 87th session

⁸⁷ Cfr. B. Hepple, *Enforcement: The law and politics of cooperation and compliance*, in Id. (ed.), *Social and Labour Rights in a Global Context*, Cambridge, 2003, 245 ss.

lavoratori extracomunitari di paesi non democratici, produce effetti addirittura paradossali.

In un simile contesto di fonti internazionali⁸⁸, l'aggiunta nella Carta di Nizza del richiamo ai "*propri interessi*" introduce un ulteriore elemento capace di legittimare interpretazioni restrittive in relazione alle finalità perseguibili con l'azione collettiva, con ciò limitando la praticabilità di azioni di solidarietà transnazionali o condotte nei confronti di un datore situato in un altro Stato membro.

In conclusione la nozione di sciopero adottata dalla Carta non appare in sintonia con gli standard di protezione del diritto presenti in vari ordinamenti europei e non tiene conto della possibilità che lo stesso possa esercitarsi sul piano transnazionale. Sul problema delle azioni transnazionali si tornerà più avanti. Qui è già possibile notare come, se con l'art.28 si voleva perseguire l'obiettivo (che si è visto "suggerito" dal diritto derivato) di garantire l' "immunità" dal diritto comunitario degli standard di tutela presenti nei singoli Stati membri, si sarebbe dovuto mostrare più coraggio, adottando una nozione "aperta" di diritto all'azione collettiva, che riconoscesse il diritto di sciopero "*sans phrase*", la sola capace di mettere al sicuro dalle dinamiche del mercato interno l'esercizio dell'azione collettiva, in qualunque sistema nazionale questa venga esercitata. Una simile prospettiva non è garantita dall'adozione di nozioni proprie di peculiari sistemi di relazioni industriali ed ignote ad altri.

L'impressione è che la disposizione in questione paghi il fatto di essere il prodotto di compromessi ed equilibrismi tesi a conciliare l'esigenza di ribadire l'estraneità della materia in oggetto dalle dinamiche dell'integrazione "positiva" e di escludere il possibile utilizzo della Carta per "elevare" gli standard nazionali (esigenza sentita particolarmente negli Stati nei quali lo sciopero è sottoposto a stringenti limiti sostanziali e procedurali) con la necessità di fornire un riferimento capace di scongiurare processi di erosione del diritto di sciopero innestati dall'integrazione "negativa". La prima esigenza ha finito per influire sulla formula scelta per riconoscere quel diritto (come dimostra l'adozione di nozioni capaci di "rassicurare" tutti gli Stati membri) ed ha indotto ad inserire nell'articolo 28 l'inciso (presente anche in altre disposizioni relativi a diritti "sociali") per il quale l'azione collettiva si esercita "*conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi degli Stati membri*". La formula compromissoria adottata nell'art.28 si risolve così in

⁸⁸ L'assenza di un'adeguata tutela degli scioperi di solidarietà nelle fonti internazionali è evidenziata da P.Germanotta, *Protecting Workers Solidarity Action: A critique of international Labour Law*, London-Geneve, 2002; cfr. anche P.Germanotta- T.Novitz, *Globalisation and the Right to Strike: The Case for European-Level Protection of Secondary Action*, IJCLLR 2002, 67 ss.

una disposizione contraddittoria, dal momento che il rinvio alle regolazioni nazionali mal si concilia con l'adozione di una nozione comunitaria di diritto all'azione collettiva che, per molti tra questi sistemi, prospetta limiti in essi sconosciuti⁸⁹ e che, per questa ragione, rischia di non fornire un'adeguata protezione nel caso in cui quel diritto si ponga in contrasto con i principi del mercato interno.

2. Il bilanciamento tra azione collettiva e "altri" diritti e libertà fondamentali

L'inciso per il quale il diritto a ricorrere ad azioni collettive deve essere esercitato "*conformemente al diritto dell'Unione*" chiarisce un importante passaggio interpretativo: sia gli Stati che l'Unione devono rispettare i diritti fondamentali nell'applicazione del diritto comunitario, ma anche questi ultimi devono essere esercitati tenendo conto dell'ordinamento dell'UE nel quale si collocano. In breve il diritto fondamentale, nel momento in cui viene riconosciuto nell'ordinamento comunitario, subisce i condizionamenti ed i limiti derivanti dai principi sui quali quell'ordinamento si fonda e dai diritti che esso riconosce. Questa considerazione può apparire banale: è ovvio che il significato di un diritto muta al mutare del contesto ordinamentale nel quale trova riconoscimento, perché il suo esercizio trova necessariamente dei limiti nei principi e nei diritti in esso considerati parimenti fondamentali. Ne consegue che anche il diritto di sciopero può trovare dei limiti di esercizio nell'ordinamento comunitario che non conoscerebbe sul piano dell'ordinamento interno statale. E' la stessa Carta di Nizza dunque a porre il problema dei limiti di esercizio del diritto di sciopero, che è problema diverso e successivo rispetto al mero "riconoscimento" dello stesso come diritto fondamentale.

Il problema dei limiti apponibili ai diritti sanciti dalla Carta è al centro delle Disposizioni generali che la chiudono (in particolari gli artt. 52, 53 e 54). Queste a loro volta riprendono principi sanciti a più riprese dalla Corte di Giustizia, primo fra tutti quello della proporzionalità dei limiti cui il diritto può essere sottoposto e della rispondenza degli stessi a finalità di interessi generali perseguiti dall'UE. Il caso Schmidberger

⁸⁹ Riflesso di tali compromessi si coglie anche nelle Spiegazioni del Presidium, nelle quali, se da una parte si conferma la volontà di adottare una nozione "comunitaria" di sciopero (ispirata come detto alle altre "fonti" sovranazionali), dall'altra si ricorda che sono le normative nazionale a stabilire modalità e limiti dello sciopero, e si rimette all'esclusiva competenza degli Stati membri "*il problema di stabilire se [le azioni collettive] possano essere[vi] condotte parallelamente*", precludendo così la possibilità di utilizzare la Carta per fornire un fondamento giuridico alle azioni collettive di carattere transnazionale.

dimostra come il criterio della proporzionalità si traduca in un giudizio di bilanciamento tra "diritti fondamentali", quando la restrizione di un diritto o di una libertà è imposta dal rispetto di un altro diritto riconosciuto dall'ordinamento comunitario. La restrizione può essere imposta se non è sproporzionata rispetto all'obiettivo da raggiungere e se salvaguardia comunque il "contenuto essenziale" del diritto⁹⁰.

La nozione di "contenuto essenziale" è adottata dallo stesso art.52.1 ed è nota in molti sistemi costituzionali europei, primo tra tutti quello tedesco, alla cui dottrina si deve l'elaborazione del concetto⁹¹. In Italia proprio tale nozione è assunta come centrale nella legge n.146/90 che impone che lo sciopero nei servizi essenziali possa essere esercitato in modo da assicurare "*l'effettività, nel loro contenuto essenziale, dei diritti*" della persona costituzionalmente garantiti (art.1 comma 2). La logica anche in questo caso è quella del bilanciamento tra diritti che ne preservi l'effettività.

Il riferimento alla legge italiano in materia di sciopero evidenzia però lo "scarto" tra limiti derivanti dagli ordinamenti nazionali e limiti imposti dall'ordinamento comunitario: in ragione delle competenze dell'Unione il bilanciamento cui il diritto di sciopero è sottoposto non avviene con diritti della persona, ma con le libertà economiche sancite dal TCE⁹².

Per questo motivo l'integrazione del mercato interno dei servizi e delle merci potrebbe sollevare il problema non solo del riconoscimento del diritto "comunitario" all'azione collettiva, ma anche di una sua regolazione: l'applicazione del test della proporzionalità significa infatti valutare se quel diritto può essere esercitato in modo tale da ridurre gli effetti dannosi per il funzionamento del mercato interno, pur preservandone l'effettività, ovvero il suo "contenuto essenziale". Una simile valutazione si traduce appunto in una regolazione dell'esercizio di quel diritto, finalizzata a renderlo compatibile con i vincoli del TCE.

⁹⁰ Schmidberger, cit., punto 80

⁹¹ La nozione di "*Wesensgehaltgarantie*" è contenuta nell'art. 19.2 del Grundgesetzes. Tra la sterminata letteratura tedesca in merito, cfr. la traduzione italiana di P.Haberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993

⁹² E' solo il caso di osservare che una cosa è il rispetto delle libertà di circolazione e delle regole comunitarie in materia di concorrenza, altra il rispetto della libertà di iniziativa economica, sul quale si fonda il limite della "produttività" d'impresa riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità nella sent. 711/80 (in RGL 1980, II, 11ss.) come apportionabile allo sciopero. Per usare la felice espressione di N.Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2001, 18 ss. quest'ultimo, fondato sull'art.41 C., attiene alla dimensione "*verticale e statica*" della libertà d'impresa, mentre il diritto comunitario tutela la dimensione "*orizzontale e dinamica*" della stessa, ovvero le regole che garantiscono il funzionamento di un "mercato aperto e in libera concorrenza". Regole che non trovano fondamento nella Costituzione italiana, né in buona parte delle costituzioni nazionali del dopoguerra.

Questa esigenza di regolazione ad oggi non può che trovare risposta nel giudizio della Corte di Giustizia e delle Corti nazionali, chiamate anch'esse ad applicare al caso concreto il criterio della proporzionalità, visto l'ostacolo insuperabile posto dall'art.137.5 TCE, ma non è escluso che proprio su di essa possa fondarsi la spinta per un superamento degli attuali limiti di competenza in materia.

E' vero dunque che è possibile adottare una prospettiva funzionalista che permette di far emergere l'esigenza di un riconoscimento e di una regolazione del diritto di sciopero nell'ambito del processo d'integrazione europea⁹³. Si è suggerito che tale prospettiva si possa realizzare come necessario corollario della nozione europea di servizio universale, nel momento in cui questa trovasse un chiaro fondamento nei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta dei diritti⁹⁴. Allo stadio attuale dell'integrazione comunitaria pare tuttavia più probabile che il problema della regolazione del conflitto sindacale si ponga in relazione alla necessità di garantire che il suo esercizio non incida negativamente sul funzionamento del mercato interno.

Lo scenario non è insomma quello della progressiva assunzione a livello europeo del principio sul quale si fonda la disciplina italiana di regolazione del diritto di sciopero (il contemperamento tra diritti fondamentali della persona), ma al contrario della adozione di un principio che introduce un elemento di contraddizione con quella disciplina, e con quella che caratterizza la regolazione dello sciopero in molti altri Stati membri: il bilanciamento tra il diritto di sciopero e le libertà economiche di cui sono titolari gli attori che agiscono nel mercato interno.

2.1 Una diversa prospettiva

Il diritto di sciopero può diventare un terreno nel quale si manifestano al massimo grado le tensioni tra i principi economici che guidano l'integrazione del mercato interno ed i valori "sociali" sui quali le moderne democrazie europee si sono formate e che contribuiscono a definire il c.d.modello sociale europeo che la stessa UE intende preservare.

Se il diritto all'azione collettiva (al pari di quanto può avvenire per altri diritti sociali) viene attratto nelle dinamiche di mercato, si apre la strada per una sua limitazione "pretoria" (per via dell'integrazione

⁹³ E' quanto prospettato da B.Caruso, *Il conflitto collettivo post-moderno*, GDLRI 2002, 126 ss.

⁹⁴ Cfr. B.Caruso, ult. cit, 130

negativa) e per una regolazione "normativa" (se mai si apriranno spazi per l'integrazione positiva) che ne renda l'esercizio compatibile con i vincoli del mercato interno, cioè con il "contenuto essenziale" delle libertà economiche sul cui rispetto questo si fonda. Se invece si ritiene che la libertà di azione sindacale debba rimanere esclusa dal giudizio di "razionalità economica" imposto dal mercato, diventa necessario definire uno spazio di immunità che ne garantisca l'esercizio a fronte delle libertà economiche "fondamentali" e delle regole della concorrenza.

L'adozione di questa seconda prospettiva suggerisce di sviluppare il discorso della regolazione funzionalista in chiave opposta rispetto a quella sopra configurata, finalizzandolo a giustificare il riconoscimento di nuovi e più elevati standard di tutela di quel diritto e non a limitarne o ostacolarne l'esercizio. L'assunzione del diritto di sciopero tra i valori comunitari induce a mutare la prospettiva, non ponendosi solo il problema della comprimibilità di quel diritto in funzione dei vincoli del mercato interno. L'ordinamento comunitario può diventare il terreno nel quale il diritto all'azione collettiva trova nuovi spazi di praticabilità e nuove ragioni di giustificazione. Tale diritto si ridefinisce cioè in termini nuovi e distinti da quelli propri delle esperienze nazionali per il fatto di essere attratto nell'orbita delle dinamiche dell'integrazione comunitaria: queste dinamiche evidenziano che il diritto all'azione collettiva, così com'è riconosciuto nei singoli ordinamenti (in relazione alle modalità d'esercizio, ai soggetti titolari, alle finalità perseguite), non è sufficiente a garantire ai soggetti collettivi adeguati spazi di autonomia a livello sovranazionale, ovvero quando essi agiscono sul piano dell'ordinamento europeo o incrociano le regole sulle quali questo si fonda.

Il caso dello sciopero di solidarietà è l'esempio più chiaro di come tale prospettiva possa svilupparsi. Questa forma di sciopero è negata, seppur con diversi gradi di "intensità", in buona parte degli ordinamenti nazionali. Spesso la sua restrizione è connessa con la funzionalizzazione dello sciopero alla contrattazione collettiva, cui è consequenziale l'obbligo di pace sindacale dopo che il contratto stesso è stato stipulato. Si è visto che la formula utilizzata dall'art.28 della Carta dei Diritti rischia di far considerare non rientrante nella nozione comunitaria di sciopero proprio questa forma di conflitto, rendendo così problematica l'attuazione di azioni collettive concertate tra sindacati di ordinamenti diversi.

Questa conclusione può però essere contraddetta considerando che il diritto comunitario debba ammettere la legittimità di questo tipo di azioni per rendere possibile il perseguimento di obiettivi che esso stesso impone o consente. La direttiva 96/71 diverrebbe per tale via, non un mezzo per mettere in discussione la disciplina interna del diritto di sciopero (come pretendono gli "attori" del caso Vaxholm), ma al contrario

la base giuridica per far emergere quel diritto sul piano dell'ordinamento comunitario. Essa prevede che vengano garantiti standard minimi di tutela ai lavoratori distaccati, anche se questi sono definiti dai contratti collettivi e non dalla legge. In Svezia (come in Italia), è il contratto collettivo a stabilire i minimi retributivi, non esistendo un minimo fissato legalmente. La stipula del contratto collettivo, a sua volta, è rimessa alle dinamiche sindacali ed ai rapporti di forza tra le parti sociali. Per estendere gli standard contrattuali ai lavoratori stranieri temporaneamente distaccati sul territorio nazionale, non esiste dunque altra via se non quella di permettere ai sindacati di esercitare le loro prerogative nei confronti delle imprese straniere, al pari di quanto avviene per quelle nazionali⁹⁵.

Lo sciopero di solidarietà, come forma di pressione per indurre un'impresa straniera ad applicare gli standard minimi retributivi "nazionali", diventa allora lo strumento necessario per garantire l'implementazione della direttiva, non potendo questa essere recepita (sotto questo profilo) per via normativa⁹⁶. Sostenere (come si prospetta nel caso Vaxholm) che la direttiva 96/71 (e la libertà di prestazione dei servizi) sarebbe violata da uno sciopero operato a sostegno di lavoratori stranieri già "coperti" da un loro contratto, significa non tener conto del fatto che la direttiva prevede che a quei lavoratori si applichino gli standard minimi di tutela che ai lavoratori nazionali sono "garantiti" non dalla legge, ma dal libero esplicarsi delle dinamiche sindacali. Da ciò la conclusione che è la stessa direttiva (e prima ancora l'art.49 TCE, sul quale essa si fonda) a permettere che quelle dinamiche possano

⁹⁵ Non è superfluo ricordare come la stessa Corte di Strasburgo abbia recentemente riconosciuto che in un sistema "volontario" di contrattazione collettiva il diritto ad agire per indurre il datore di lavoro a firmare un contratto collettivo sia garantito dall'art.11 della CEDU (cfr. *Wilson and the National Union of Journalist and others v UK* [2002], IRLR 128); per una analisi approfondita della sentenza e delle sue ripercussioni nell'ordinamento britannico cfr. K.Ewing, *The implications of Wilson and Palmer*, ILJ 2003, 1 ss.

⁹⁶ Il problema dell'applicazione alle imprese straniere dei contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes* è affrontato, in maniera tutt'altro che limpida, dall'art.8 della direttiva 96/71/CE: "*gli Stati membri possono avvalersi [...] dei contratti conclusi dalle organizzazioni più rappresentative sul piano nazionale [...] a condizione che la loro applicazione alle imprese [straniere] assicuri la parità di trattamento [...] tra tali imprese e le altre [...] che si trovano in una situazione analoga*" il che avviene quando queste ultime "*sono soggette, nel luogo e nel settore in cui svolgono la loro attività, ai medesimi obblighi delle imprese che effettuano il distacco*". E' evidente che, come a ragione osserva M.Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm*, cit., 246 un obbligo per legge di rispettare i contratti collettivi nazionali, oltre a risultare inconciliabile con i principi dei sistemi sindacali interni, si porrebbe inevitabilmente in contrasto con il divieto di discriminazione. Non resta dunque che ammettere anche nei confronti delle imprese straniere l'esercizio dello sciopero come strumento di "implementazione" della direttiva.

svilupparsi liberamente anche nei confronti del datore di lavoro "straniero".

L'esempio ora riportato è offerto dalla vicenda con la quale si sono aperte queste pagine. Ma il discorso può essere esteso ad altri fronti del diritto comunitario, diversi da quello del mercato dei servizi sin qui analizzato. Primo fra tutti quello della contrattazione collettiva. Per sviluppare quest'ultima sul piano transnazionale (come auspica la stessa Commissione nell' Agenda sociale 2005⁹⁷) è necessario riconoscere la praticabilità dello sciopero allo stesso livello, il che, ancora una volta, può comportare il superamento dei limiti eventualmente posti dagli ordinamenti nazionali alle azioni di solidarietà. Un'azione condotta da un sindacato nazionale per indurre la direzione di una multinazionale ad applicare trattamenti contrattuali omogenei nelle unità produttive situate in Stati diversi, può infatti configurarsi in questi termini.

Che sia lo stesso diritto comunitario a creare i presupposti per l'attuazione di azioni collettive transnazionali, lo dimostra il fatto che i più significativi conflitti sindacali che hanno coinvolto imprese multinazionali europee negli ultimi anni sono originati dalla violazione degli obblighi di informazione e consultazione imposti dalle fonti comunitarie derivate e sono stati organizzati grazie al decisivo ruolo di "coordinamento" svolto dai Comitati aziendali europei, istituiti dalla direttiva 95/45/CE. E' il caso della mobilitazione sindacale del 1997, conseguente alla chiusura dello stabilimento Renault di Vilvoorde, che ha indotto la stessa Commissione a censurare il comportamento dell'impresa, o ancora degli scioperi che hanno coinvolto i gruppi Michelin nel 1998, Abb Alstom Power nel 2000 e General Motors nell'ultimo scorcio del 2004, tutti interessati da drastici piani di ristrutturazione⁹⁸. Nel caso della General Motors, la mobilitazione europea (che ha coinvolto lavoratori tedeschi, belgi, polacchi, spagnoli, svedesi e inglesi) ha permesso di raggiungere un accordo quadro, siglato dal management europeo della multinazionale americana e dal Comitato aziendale europeo, finalizzato a consentire una gestione "morbida" dei piani di ristrutturazione. E' solo un esempio di come lo sviluppo di una prassi negoziale transnazionale passi necessariamente dal riconoscimento del diritto di esercitare l'azione collettiva al medesimo livello.

⁹⁷ Commissione CE, *Comunicazione della Commissione sull'Agenda Sociale*, COM (2005)33 def., 9 Febbraio 2005.

⁹⁸ I casi di scioperi transnazionali richiamati sono oggetto di analisi in S.Giubboni-G.Orlandini, *Lo sciopero e l'Unione Europea. Appunti critici*, QRS 2005, 295 ss.; per una ricostruzione delle diverse forme che la conflittualità sindacale può assumere nell'ordinamento comunitario cfr. A.Baylos Grau, *La autonomia colectiva en el Derecho Social Comunitario*, in Id. (coor.), *La dimension europea y transnational de la autonomia colectiva*, Albacete, 2003, 33 ss.

Il riconoscimento del contratto collettivo come fonte "pre-legislativa" negli articoli 138 e 139 TCE⁹⁹ giustifica poi il riconoscimento del diritto di azione collettiva al di là della dimensione microeconomica delle relazioni sindacali nell'impresa. Anche sotto questo profilo, la peculiarità del ruolo riconosciuto ai sindacati nel sistema delle fonti comunitarie implica l'adozione di un approccio non vincolato a quanto ricavabile dalle tradizioni nazionali, dove spesso si nega legittimità allo sciopero che non abbia come fine la stipula di un contratto collettivo, o addirittura persegua obiettivi politici. Nel momento in cui si riconosce alle parti sociali il diritto di prendere parte al processo normativo comunitario, si apre la strada al "parallelo" riconoscimento delle finalità politiche della loro azione¹⁰⁰.

2.2 Oltre il diritto di sciopero

L'argomento funzionalista può essere invocato anche per confrontarsi con il problema delle forme di conflitto non riconducibili allo sciopero; di quelle modalità di esercizio del conflitto sindacale che si estrinsecano in forme diverse da quelle con la quali si è comunemente identificato lo sciopero nelle esperienze nazionali. Proprio le dinamiche comunitarie dimostrano come l'azione collettiva transnazionale assuma spesso forme diverse dalla tradizionale "astensione concertata dal lavoro", per manifestarsi attraverso modalità che appaiono più vulneranti e capaci di incidere anche su interessi terzi rispetto a quelli della controparte "contrattuale"¹⁰¹.

I recenti casi posti all'attenzione della Corte di Giustizia evidenziano anche come il tema dell'azione collettiva travalichi i confini

⁹⁹ In merito cfr. ampiamente A.Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, 1999,

¹⁰⁰ In Italia è quanto sancito dalla Corte Costituzionale a proposito dello sciopero politico (Corte Cost. n.290/1975, FI 1975, I, c.550), la cui liceità si fonda proprio sulla considerazione del coinvolgimento dei sindacati nella vita politica ed economica del paese; non a caso la sentenza è adottata alla vigilia della stagione degli accordi trilaterali che inaugurano l' "era" della concertazione.

¹⁰¹ Analoghe evoluzioni caratterizzano anche le dinamiche sindacali interne ai sistemi nazionali. I fatti che hanno caratterizzato il rinnovo del contratto dei metalmeccanici in Italia nel gennaio 2006 sono estremamente significative a riguardo. Dopo tre mesi di scioperi "tradizionali", privi di sostanziali effetti sul piano negoziale, la trattativa si è "sbloccata" grazie a due giorni di blocchi stradali culminati nell'occupazione della stazione di Bologna, attuata con il tacito assenso dei sindacati confederali. In quello che è il più tradizionale dei settori dell'economia "fordista" si è manifestata in tutta evidenza la perdita di efficacia delle forme "storiche" del conflitto sindacale; da cui la necessità delle parti sociali di "spostare" quest'ultimo fuori dalla fabbrica, spesso l'unico modo per fargli riacquistare la perduta incisività.

del rapporto di lavoro e coinvolga sempre più frequentemente nuove soggettività, siano esse rappresentate da autotrasportatori, piccoli coltivatori, che forme organizzate della società civile¹⁰². Il che non può sorprendere, considerando come le profonde trasformazioni indotte dalla rivoluzione dell'economia "globalizzata" abbiano reso sempre più labile il confine tra lavoro subordinato e autonomo. E sono sempre le dinamiche in atto nel mercato "globale" a mettere in evidenza il fatto che per riacquistare l'efficacia perduta il conflitto post-industriale deve passare per nuove solidarietà ed alleanze tra chi sta dentro e chi sta fuori dall'impresa. E' indubbio che il boicottaggio è una delle modalità d'azione che influisce maggiormente sulle strategie delle imprese multinazionali, che si mostrano vulnerabili nel momento in cui il conflitto "tradizionale" organizzato all'interno dell'impresa viene supportato dalla mobilitazione della c.d. società civile, e finisce per incidere sulle scelte collettive dei consumatori¹⁰³.

Quelli riportati sono solo alcuni esempi di come le nuove dinamiche conflittuali pongano problemi inediti che attengono alla titolarità del diritto all'azione collettiva, quando è esercitato da soggetti non titolari di un formale rapporto di lavoro ed alle modalità della stessa, quando assume forme diverse dalla semplice astensione concertata dal lavoro. La dottrina ha cominciato ad interrogarsi su tali trasformazioni e sta crescendo la consapevolezza sul fatto che le tradizionali categorie del diritto sindacale se da una parte appaiono "datate", dall'altra possono fornire i principi sui quali costruire una nuova base giuridica per il diritto all'azione collettiva¹⁰⁴. In queste pagine simili problemi si possono solo evocare; qui interessa soprattutto evidenziare come il diritto comunitario possa rappresentare una sede privilegiata per superare i limiti delle "tradizionali" impostazioni nazionali.

Le azioni collettive che si svolgono nell'arena del mercato globale (boicottaggi, blocchi, occupazioni, azioni di solidarietà) si pongono in

¹⁰² Cfr. Lord Wedderburn, *European Collective Bargaining in the Age of Blockades*, ILJ 2001, 136 ss. Sulle trasformazioni degli attori del conflitto "post-moderno" e sulle conseguenze che esse comportano in merito al regime della titolarità dello sciopero, cfr., da ultimo, B.Caruso-G.Nicosia, *Il conflitto post moderno: lo "sciopero" dei lavoratori autonomi*, WP "M.D'Antona".IT, n.43/2006

¹⁰³ Come osserva A.Supiot, *Governing Work and Welfare in a Global Economy*, in J.Zeitlin-D.M. Trubeck (eds.), *Governing Work and Welfare in a New Economy. European and American Experiments*, Oxford, 2003, 401, "in the new world economic order, pre-industrial forms of collective action are making a come-back, and with them the quest for an alliance of workers and consumers to target the Achilles heel of the big companies: sensitivity to demand for their products. The expression par excellence of this alliance is the boycott".

¹⁰⁴ Sul tema si rinvia all'analisi di A.Supiot, *Revisiter les droit d'action collective*, DS 2001, 687 ss. e di B.Caruso, *Il conflitto collettivo*, cit., 102 ss.

diretta frizione con le regole sulle quali tale mercato si regge e che assurgono a rango di principi e libertà fondamentali nel TCE: si pensi al rapporto tra blocchi e libertà di circolazione delle merci e tra boicottaggio e regole di concorrenza. Le istituzioni dell'UE sono chiamate a dare una risposta al problema del rapporto tra tali regole e dinamiche conflittuali transnazionali. La risposta può essere quella di una subordinazione delle seconde alle prime e di una loro regolazione fondata sulla razionalità economica. Anche sotto questo profilo può però aprirsi una diversa prospettiva, per la quale da una parte si riconoscono nuovi spazi di immunità dai vincoli del mercato per l'autonomia dei gruppi organizzati e dall'altra si cercano regole di convivenza basate sul principio del temperamento tra diritti fondamentali della persona. In questa prospettiva proprio la conflittualità "trans-nazionale" può diventare il volano per definire il bagaglio di diritti che concorrono a determinare il contenuto della cittadinanza europea¹⁰⁵.

La scelta di fondo diventa politica: si tratta di decidere se nel modello di "economia sociale di mercato" dell'UE c'è o meno spazio per il conflitto sociale o se i vincoli di mercato e le esigenze della competitività globale non consentano a tali dinamiche di estrinsecarsi.

La scelta di riconoscere spazi di libertà agli attori sociali e di far loro riacquistare autonomia d'azione rispetto alle dinamiche di mercato, impone di riconoscere legittimità alle nuove forme di azione collettiva; di adottare una nozione ampia di diritto al conflitto che lo renda immune dai vincoli del TCE. Una nozione che tenga conto della "funzione" storicamente svolta dallo sciopero (e posta a base della sua legittimazione in molti ordinamenti nazionali): quella di essere strumento necessario per riequilibrare rapporti di potere diseguali, di proporsi come contropotere collettivo al potere economico delle imprese. Come è stato autorevolmente osservato, il riconoscimento di tale funzione dovrebbe portare a riconsiderare il diritto all'azione collettiva non più solamente nei termini "formalistici" di diritto dei lavoratori ad astenersi dal lavoro, ma come diritto di tutti i cittadini di influire collettivamente sul potere economico¹⁰⁶.

¹⁰⁵ La relazione tra diritto del lavoro e diritti di "cittadinanza", nell'ambito della regolazione dei servizi pubblici, è al centro dell'analisi condotta nel saggio di S.Sciarra, *Labour Law - a Bridge between Public Services and Citizenship Rights*, in M.Freedland- S.Sciarra (eds.), *Public Services and Citizenship in European Law*, Oxford, 1997, 173 ss.

¹⁰⁶ Così A.Supiot, *Rivisiter les droit*, cit., 699: "il conviendrait de réexaminer la question des droits d'action collective: non plus seulement comme droit pour travailleurs de suspendre l'exécution de leur contract, mais aussi comme droit pour les citoyens de peser collectivement sur le pouvoir économique".

Al pari di quanto è avvenuto per lo sciopero, la conflittualità post-moderna chiede spazi di immunità dalle regole del mercato, in nome della tutela di quanti, in esso, si trovano ad occupare una situazione di svantaggio economico e di sottoprotezione. Ed al pari di quanto è avvenuto con lo sciopero, anche le nuove forme di conflittualità sono chiamate a rispettare il "contenuto essenziale" degli altri diritti della persona riconosciuti nell'ordinamento dell'UE. Dall'ampiezza e dalla configurazione di tali spazi e dalla "selezione" di tali diritti dipende una parte non piccola del futuro dell'Europa sociale.

3. Verso un cambiamento nell'approccio comunitario al conflitto?

Quanto sin qui detto dovrebbe indurre a modificare l'attuale approccio delle istituzioni comunitarie al diritto di sciopero e di azione collettiva, superando le "timidezze" che la formula di Nizza tradisce ed abbandonando l'opzione fatta propria dall'art.137.5 TCE. Il che pone davanti al problema della inevitabile resistenza degli Stati membri ad accettare uno standard comunitario che rischi di essere utilizzato per contestare le regole interne d'esercizio del conflitto sindacale e che finisca per alterare le dinamiche delle relazioni industriali nazionali. E' opportuno allora porsi la domanda circa il modo con cui sia possibile garantire un diritto di azione collettiva "comunitario" senza entrare in rotta di collisione con i delicati equilibri che caratterizzano le discipline nazionali dell'azione collettiva, gelosamente custoditi dagli Stati nazionali.

La soluzione a questo quesito passa dall'adozione di una prospettiva che distingue il piano dell'ordinamento comunitario da quello dei sistemi nazionali. Adottando una prospettiva pluriordinamentale è possibile configurare una nozione ed una disciplina dello "sciopero comunitario" (e più in generale dell'azione collettiva) funzionale a permetterne l'esercizio quando questo acquista una rilevanza transnazionale o quando incide sulle dinamiche dell'integrazione europea, ma che non altera necessariamente gli equilibri propri delle discipline nazionali quando si estrinseca sul piano degli ordinamenti interni. La tutela apprestata dal diritto comunitario sarebbe finalizzata a permettere che nell'ordinamento dell'Unione sia garantito il diritto all'azione collettiva e non a modificare gli standard presenti nei singoli Stati membri. Per fare un esempio, i limiti di diritto interno allo sciopero di solidarietà non potrebbero essere applicati a lavoratori impegnati in un conflitto transnazionale, pur rimanendo legittimamente invocabili in caso di conflitto condotto entro i confini nazionali. Ciò non escluderebbe ovviamente che per effetto della disciplina comunitaria possano

determinarsi effetti "virtuosi" di ampliamento degli spazi di praticabilità del diritto anche quando è esercitato all'interno degli Stati membri; ma si tratterebbe di effetti meramente eventuali e non imposti dal diritto comunitario.

La garanzia di un diritto all'azione collettiva che goda di piena cittadinanza nell'ordinamento comunitario passa dunque per un duplice intervento. Occorrerebbe in primo luogo adottare una nozione "costituzionale" di diritto all'azione collettiva che possa costituire un riferimento certo per la Corte di Giustizia nei casi in cui questa sia chiamata a valutarne la legittimità alla luce delle norme del TCE. In tale nozione è necessario da una parte si faccia riferimento esplicito ad azioni di carattere transnazionale, dall'altra si prospetti, attraverso una nozione "aperta" di diritto all'azione collettiva, un'immunità della stessa quando è legittimamente esercitata in uno Stato membro. In tal modo non sarebbe del tutto scongiurata la prospettiva (adombrata nei casi Viking e Vaxholm) di una limitazione degli standard nazionali esistenti conseguente al giudizio di "bilanciamento" con le libertà fondamentali del Trattato, ma si eviterebbe di doversi confrontare con una nozione "comunitaria" del diritto di sciopero non sintonica con quella propria degli Stati dove questo è più ampiamente garantito.

A questa funzione meramente "negativa" (diritto fondamentale come "limite" all'integrazione negativa), si dovrebbe aggiungere una funzione "positiva" del diritto all'azione collettiva "comunitaria" (diritto fondamentale come "orientamento" per l'integrazione positiva), capace di assicurarne l'esercizio quando questa assume una dimensione transnazionale, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa interna la renderebbe illegittima o di difficile realizzazione. Questa seconda funzione del diritto fondamentale troverebbe ovviamente un ostacolo nella perdurante assenza di una competenza normativa in materia che, come detto, limita l'ambito di valutazione della Corte alle ipotesi nelle quali l'azione transnazionale chiami in causa principi e regole del mercato interno. L'argomento "pluriordinamentale" sopra richiamato potrebbe indurre a considerare più accettabile da parte degli Stati membri il superamento dell'attuale disposto di cui all'art.137.5, rendendo meno "utopica" l'idea di una direttiva tesa a tradurre il diritto fondamentale in una disciplina comunitaria dell'azione collettiva sovranazionale; una disciplina capace di assicurare l'esercizio di una solidarietà transnazionale che non incida sui delicati equilibri dei sistemi di relazione industriale nazionali, ma che impedisca agli Stati di applicare la normativa interna se questa finisce per rendere irrealizzabile l'azione sul piano dell'ordinamento comunitario.

In attesa di una (assai difficile) modifica delle competenze della UE, un ruolo importante nella definizione di standard sovranazionali di esercizio del diritto potrebbe svolgerlo l'Agenzia comunitaria dei diritti fondamentali, oggetto di una recente proposta di regolamento¹⁰⁷, la cui azione sembra destinata ad ispirarsi alla logica del Metodo Aperto di Coordinamento¹⁰⁸. Anche in questo caso la *soft law* permetterebbe di arrivare in territori preclusi all'*hard law*, ed il "coordinamento" potrebbe servire per vigilare sul rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta dei diritti (e dalla futura Costituzione, se mai questa vedrà la luce) da parte degli Stati membri, secondo la logica del confronto e dello scambio tra migliori prassi tipica del MAC. L'Agenzia potrebbe svolgere un ruolo complementare rispetto al Network di esperti indipendenti (presieduto da De Schutter) che è già operativo e che dal 2002 elabora rapporti annuali sul rispetto della Carta nei singoli Stati dell'Unione. L'interazione tra questi due organismi permetterebbe in futuro di superare gli angusti spazi nei quali i diritti sociali sono confinati dal TCE, e di utilizzare la Carta come parametro di valutazione delle normative in materia di sciopero (per quello che qui interessa) sul modello degli organismi internazionali già esistenti (Comitati ILO e Carta Sociale)¹⁰⁹.

L'Agenzia comunitaria interloquirebbe con il Comitato della CSE, pur restando gli ambiti di intervento sostanzialmente diversi. La prima infatti potrebbe colmare i limiti che ancora caratterizzano l'impostazione del Comitato e che, in ultima analisi, dipendono dalla formula adottata nell'art.6.4 CSE: un'impostazione caratterizzata da una lettura dell'azione collettiva come fenomeno esclusivamente nazionale e che perciò si dimostra incapace di garantire adeguati standard di tutela ai lavoratori nel momento in cui la loro azione travalica i confini statali.

4. Divagazioni sul tema. Il fondamento procedurale del diritto all'azione collettiva.

¹⁰⁷ Cfr. Commissione CE, *Proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce l'Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali*, COM (2005) 280, 30 giugno 2005, che ha fatto seguito alla Comunicazione della Commissione CE, *The Fundamental Rights Agency, Public Consultation Document*, COM (2004) 693 def., 25 Ottobre 2004.

¹⁰⁸ Sul possibile futuro ruolo dell'Agenzia dei diritti fondamentali cfr. P.Alston-O.De Schutter (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU*, Oxford-Portland, 2005.

¹⁰⁹ In questo senso cfr. S.Sciarra, *Fundamental Labour Rights after the Lisbon Agenda*, WP M. "M.D'Antona".INT, n.65/2005, 17. Non si può tuttavia ignorare che i limiti che la Proposta di Regolamento COM (2005) 280 pone alle competenze dell'Agenzia, rappresentano un ostacolo alla realizzazione di tale prospettiva.

L'ordinamento comunitario è una sorta di laboratorio di modelli di regolazione sociale, che a loro volta richiamano diversi modelli di democrazia. In esso coesistono e si sovrappongono il modello di regolazione pluralista, basata sulla fonte *hard*, eteronoma (regolamento e direttiva) e convenzionale (contratto collettivo), con il modello neo-corporativo, caratterizzato dal coinvolgimento delle parti sociali nelle sedi istituzionali deputate a definire le politiche comunitarie. Questi due modelli, nel corso dell'ultimo decennio, hanno progressivamente ceduto spazio ad un modello di regolazione *soft*, fondato sul principio del coordinamento aperto e del "confronto discorsivo" tra attori istituzionali e sociali, locali nazionali e comunitari. In questo intreccio tra diverse forme di regolazione, che a sua volta comporta un dialogo che si svolge a più livelli ordinamentali, sta la ricchezza e la "novità" dell'ordinamento dell'UE.

I primi due modelli si richiamano alle tradizioni costituzionali nazionali nate nel dopoguerra, per le quali il riconoscimento del diritto di sciopero ha costituito un presupposto imprescindibile¹¹⁰. Il diritto di sciopero è indispensabile per il funzionamento di un sistema pluralista, basato sull'autonomia dell'azione dei gruppi organizzati e che fa della negoziazione collettiva lo strumento privilegiato di regolazione sociale. Anche sistemi più ispirati al modello neo-corporativo presuppongono l'esercizio del diritto di sciopero, seppur (spesso) nel quadro di più definiti vincoli procedurali e di titolarità. In ragione di ciò, il deficit democratico che caratterizza il processo d'integrazione europea deriva anche dall'assenza in esso di un pieno riconoscimento del diritto all'azione collettiva, senza il quale il sistema di regolazione sociale comunitario manca di un fondamentale presupposto legittimante¹¹¹.

Il problema della funzione e della legittimazione del diritto all'azione collettiva deve essere impostato diversamente se si considerano le nuove forme di regolazione sociale che a partire dal Consiglio di Lisbona hanno acquistato centralità nelle dinamiche dell'integrazione europea e che hanno nel Metodo Aperto di Coordinamento (MAC) il modello di riferimento.

¹¹⁰ Il problema della legittimazione del diritto di sciopero nei diversi modelli di democrazia è affrontato da T. Novitz, *International and European Protection*, cit., 14 ss., che distingue tra *Representative democracy*, *Participatory democracy* (cui corrispondono sistemi pluralisti e neo-corporativi di relazioni industriali) e *Deliberative democracy*, modello al quale sembrano ispirarsi le nuove forme di *governance* comunitaria

¹¹¹ Vale per il diritto all'azione collettiva quanto, più in generale, osserva A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni*, cit., p.175 ss. e p.280 ss. in relazione alla mancanza di fondamento della libertà sindacale nell'ordinamento comunitario

Proponendosi come forma di regolazione *soft* per via di coordinamento delle politiche nazionali, il MAC si legittima in quanto modello di "*governance*" complementare alle fonti regolative tipizzate nel TCE. Per definizione il MAC interviene laddove le fonti "tradizionali" *hard* non intervengono, ed apre spazi potenzialmente illimitati per la futura regolazione sociale "europea". Una regolazione che non si esprime nel rigido linguaggio delle norme eteronome, precettive e vincolanti, ma che si realizza attraverso un processo di "*policy learning*" ispirato alla logica "discorsiva" in base alla quale il coordinamento tra le politiche sociali degli Stati membri è attuato grazie al continuo reciproco confronto e apprendimento tra gli attori che vi prendono parte¹¹².

L'architettura teorica delle nuove forme di *governance* europea è rappresentata dalle concezioni "procedurali" e "riflessive"¹¹³ del diritto che si associano (costituendone il presupposto giuridico), sul piano politologico, alle teorie deliberative della democrazia¹¹⁴. Il diritto procedurale fornisce gli "attrezzi" per costruire un modello di democrazia post-nazionale più partecipativa, proprio perché arricchisce il paradigma rappresentativo e pluralista con diritti capaci di aprire canali e spazi inediti di "confronto deliberativo" tra istituzioni e società civile¹¹⁵.

¹¹² Sulla logica innovativa sulla quale si fonda il MAC e sul suo carattere "post-regolativo" la letteratura è ormai amplissima; tra gli altri si rinvia a C. de la Porte- P.Pochet- G.Room, *Social Benchmarking, Policy Making and New Governance in the EU*, JESP 2001, 291 ss.; S.Regent, *The Open Method of Coordination: a New Supranational Form of Governance?*, ELJ 2003, 190 ss.; J.Mosher- D.Trubeck, *Alternative Approaches to Governance in the EU: EU Social Policy and the European Employment Strategy*, JCMS 2003, 63 ss.

¹¹³ Il debito del MAC nei confronti delle teorie riflessive del diritto ed in particolare degli scritti di G.Teubner, è evidenziato da C.Barnard- S.Deakin, *Market Access and Regulatory Competition*, in C.Barnard- J.Scott (eds.), *The Law of the Single European market: Unpacking the Premises*, Oxford, 2002, 218 ss.

¹¹⁴ Come osserva S.Giubboni, *Social Rights and market*, cit., 268 "*Supranational intervention [...] is predominantly procedural and therefore essentially relies on the legitimacy that derives from the deliberative, open and participatory nature of the 'polyarchic' co-ordination processes activated by it*". Il dibattito in merito al "*deliberative supranationalism*" ha avuto ampio spazio sulle pagine dell'*European Law Journal*: cfr.. J.Cohen- C.Sabel, *Directly-Deliberative Polyarchy*, ELJ 1997, 313 ss.; O.Gerstenberg, *Law's polyarchy: A Comment on Cohen and Sabel*, ELJ 1997, 343 ss.; C.Jeorges, "*Deliberative Supranationalism: Two Defences*", ELJ 2002, 133 ss.. Sulle diverse "basi teoriche" di legittimazione del MAC si sofferma D.Ashiagbor, *The European Employment Strategy. Labour Market Regulation and New Governance*, Oxford, 2005, 215 ss.

¹¹⁵ E' ben nota l'influenza che sul dibattito sviluppatosi intorno alla *governance* europea ha avuto la teoria procedurale del diritto di Habermas (cfr. J.Habermas, *Faktizitat und Geltung. Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992). Sul tema si soffermano in particolare A.Andronico- A.Lo Faro, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali: strumenti complementari o grammatiche differenti*, GDLRI 2005, 539 ss.

I diritti procedurali sono quei diritti che contribuiscono a definire in senso "attivo" la cittadinanza, riconoscendo agli individui, sia come singoli che nel loro agire collettivo e organizzato, gli strumenti per esprimersi e per operare nel mercato e nella società. Rafforzando le "*capabilities*" dei singoli e dei gruppi¹¹⁶ tali diritti mutano la relazione tra Stato e società, tra cittadino e amministrazione, prospettando un più ampio coinvolgimento della "società civile" nel processo di regolazione sociale: questo si sviluppa grazie al consenso fondato sull'argomentazione razionale piuttosto che alla mediazione tra interessi contrapposti che caratterizza il modello pluralista.

Il diritto "procedurale" dunque permette e legittima il confronto (aperto) tra istituzioni e soggetti pubblici (comunitari, nazionali e locali), attori sociali e organizzazioni private, nell'ambito del MAC. Ma "procedurali" sono anche i diritti che vengono tutelati e implementati attraverso le nuove forme di regolazione *soft* sulle quali si basa la Strategia Europea per l'Occupazione: il diritto alla formazione "per tutto l'arco della vita", alle pari opportunità, a non essere discriminati in ragione della propria "identità", i nuovi diritti di *work-fare*, di ricerca attiva del lavoro, di accesso gratuito ai servizi per l'impiego, il diritto alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, il diritto alla "continuità" del reddito nei tempi di non lavoro; e, sul piano collettivo, i diritti di informazione e consultazione, che dovrebbero caratterizzare relazioni industriali più collaborative e meno conflittuali, per questo capaci di rendere le imprese più competitive. Di questi diritti dovrebbe sostanziarsi la cittadinanza sociale europea che la Carta di Nizza ha definito nei suoi tratti costitutivi e che il MAC intende tradurre in politiche sociali concrete nei singoli ordinamenti nazionali.

In tale contesto non sembra trovare spazio il diritto all'azione collettiva, funzionale com'è alla composizione degli interessi per via negoziale e non "discorsiva", e presentandosi l'arma del conflitto come strumento non conciliabile con la declinazione dei diritti in termini di procedura. Da questo punto di vista non si può non concordare con T. Novitz che, tra le poche a confrontarsi con il tema della relazione tra diritto di sciopero e modello "deliberativo" di democrazia, conclude ritenendo tale modello il meno capace di fornire argomenti di legittimazione al riconoscimento di quel diritto¹¹⁷. L'evoluzione del diritto

¹¹⁶ cfr. S. Deakin, *The 'Capability' Concept and the Evolution of European Social Policy*, in M. Dougan-E. Spaventa (eds.), *Essays in European Law*, Oxford, 2005, 3 ss. che utilizza il "*capability approach*" di A. Sen come chiave di lettura critica per analizzare la politica sociale ed economica europea.

¹¹⁷ Come osserva T. Novitz, *International and European*, cit, 21: "*It does [...] appear that deliberative democracy calls into question the privileged access of workers' and employers'*

sociale comunitario in chiave "procedurale" e la crescente importanza che in esso acquistano le fonti *soft* di regolazione sociale dovrebbe indurre a considerare il diritto all'azione collettiva un diritto destinato a cedere spazio a modalità e pratiche di coinvolgimento degli attori sociali nella vita dell'impresa e nelle decisioni politiche assunte a livello istituzionale.

Questa conclusione può essere però revocata in dubbio se si considerano le critiche che da più parti sono mosse al MAC sotto il profilo dei presupposti che ne dovrebbero legittimare il funzionamento e se si pone attenzione ai limiti che gli stessi teorici della "democrazia deliberativa" evidenziano nella sua pratica realizzazione.

Si è detto che la legittimità delle politiche sociali sostenute a livello comunitario attraverso il MAC sta nel metodo utilizzato per definirle. La vera, sostanziale differenza tra politiche liberiste e "solidaristiche" si può individuare nel fatto che le seconde sono adottate attraverso una procedura deliberativa che coinvolge tutti gli attori dalle stesse interessi¹¹⁸. La logica procedurale ispira "a monte" il processo di creazione delle politiche sociali; un processo, appunto, "aperto" e "partecipativo", non "regolativo" nel senso proprio delle forme tradizionali della democrazia "rappresentativa". Il modo con cui perseguire gli obiettivi "sociali" (dando così sostanza ai diritti sociali) viene definito grazie al confronto tra le "migliori prassi" nazionali e locali e la piena partecipazione di tutti i "soggetti" portatori di interessi rilevanti. La parola chiave è dunque "partecipazione"¹¹⁹; termine quanto mai ambiguo (soprattutto se declinato a livello micro-economico) e polivalente, ma dal quale dipende la legittimazione democratica delle nuove forme di regolazione sociale. Il diritto "*soft*" o è partecipativo o non può

organizations. Moreover, it seems that their industrial weaponry, including a right to strike, is to be left at the door to the debating chamber, for this would lead to bargaining rather than rational choice. Similarly, conflict within the workplace is also no longer seen as a necessary feature of employment relations. Instead, workers are called upon to lay aside their perception of divergent interests, and instead work together in 'partnership' with management to achieve ends which are of mutual benefit to both. Within this framework, industrial action comes to be seen too confrontational to foster the trust needed for deliberation. It becomes redundant".

¹¹⁸ In questo senso cfr. C.Georges, *What is Left of the European Economic Constitution*, EUI WP Law, 2004/13, 30, per il quale "*Whereas Ordo-liberalism sought to protect the ordo of the economy through a strong state which would rigorously enforce laws against restrictive business practices and abuse of private power, democratic experimentalism is relying on political processes, softer modes of co-ordination and the subtle power of transparency and exposure to public critique. And, in contrast to the Hayekian discovery process, the proposal to 'institutionalize' democratic experimentalism invoke the imagination not just of entrepreneurs and market participants but also of deliberative political citizens, and trust in their readiness to engage in problem-solving and in their interest to learn from one another*"

¹¹⁹ Come noto, il tema della "partecipazione" è al centro del *Libro Bianco sulla Governance Europea* della Commissione del luglio 2001, COM (2001) 428

legittimarsi come "alternativa" alle tradizionali forme di regolazione sociale "hard", neppure come fonte ad esse "complementare"¹²⁰.

Nella letteratura politologica l'istanza partecipativa è tutt'altro che coesistente all'evoluzione in senso democratico di un sistema, ma anzi è stata "tradizionalmente" letta (da Schumpeter, a Dahl fino a Sartori) come elemento portatore di instabilità e in quanto tale da scongiurare¹²¹. La democrazia rappresentativa funziona (in tale chiave di lettura) grazie all'attivismo delle élites e la passività delle masse¹²². Muoversi in un'ottica partecipativa comporta evidentemente il ribaltamento di tale visione della democrazia e l'adozione della prospettiva (che risale a Rousseau, prima che ad Habermas) per la quale la legittimità democratica di una norma è proporzionale al grado di condivisione della stessa da parte dei soggetti ai quali è applicata. Il problema dell'instabilità è risolto proprio in ragione della condivisione "a monte" della norma stessa.

In base alla logica deliberativa la decisione deriva da una trasformazione delle preferenze di ciascuno tramite l'argomentazione razionale e tramite l'ascolto e apprendimento reciproco¹²³. Ed in ciò sta la sostanziale differenza tra teorie "discorsive" e teorie "partecipative" classiche di democrazia, legate alle forme tradizionali di rappresentanza ed al "voto" e la negoziazione come passaggio inevitabile per "produrre regole"¹²⁴. Resta il fatto che, in entrambe le prospettive, il presupposto legittimante una procedura finalizzata alla produzione di regole sociali è l'eguale potere dei partecipanti di influire sugli esiti della stessa. La piena partecipazione c'è soltanto quando tutti i soggetti interessati all'esito del processo hanno uguale peso nel determinarlo¹²⁵. O, detto in altri termini,

¹²⁰ Come osservano J.Cohen-C.Sabel, *Sovereignty and solidarity: EU and US*, in J.Zeitlin-D.Trubek (eds), *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, 366 "deliberation [...] is not intrinsically democratic: it can be conducted within cloistered bodies that make fateful choices, but are inattentive to the views or the interests of large numbers of affected parties".

¹²¹ E' ancora obbligato il riferimento a C.Pateman, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, 1970

¹²² Cfr. il "classico" C.Offe, *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates*, Frankfurt am Main, 1972

¹²³ Il riferimento è naturalmente a J.Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, 1981

¹²⁴ Cfr. B.Gbikpi, *Dalla teoria della democrazia partecipativa a quella deliberativa: quali possibili continuità?*, SM 2005, 110

¹²⁵ J.Habermas, *Fatti e norme*, cit., 149, identifica le condizioni procedurali di formazione della volontà politica nel riconoscimento di "diritti fondamentali a pari opportunità di partecipazione ai processi formativi" della stessa; che tra i prerequisiti della deliberazione ci sia l'annullamento delle differenze di potere, assieme al superamento di numerose altre asimmetrie, è sottolineato anche da J.Cohen-J.Rogers, *Power and Reason*, in A.Fung-E.O.Wright (eds), *Deepening Democracy: Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance*, London-New York, 2003.

tanto più "eguale" è il potere degli "attori" di influire sul processo decisionale, quanto più quello stesso processo si legittima democraticamente.

Questa prospettiva è di decisiva importanza (ovviamente, per chi scrive) nel leggere le nuove forme "comunitarie" di regolazione sociale e, in generale, di *governance* europea. L'opzione "procedurale" per legittimarsi deve affrontare il problema del potere degli attori "comunitari" di incidere sugli esiti del processo di elaborazione delle regole, sia nella sua fase "ascendente" (produzione del diritto "*soft*") sia nella sua fase "discendente" (implementazione dello stesso nei singoli ordinamenti); di decidere cioè il se ed il come delle politiche sociali da adottare.

Coglie nel segno chi ricorda che nella letteratura riconducibile alla "teorica deliberativa" (per primo ovviamente Habermas) si sottolinea come il presupposto per cui la logica procedurale possa dirsi adottata (e non sia mistificante), è che la stessa definizione del problema da risolvere e dei modi con cui affrontarlo sia rimessa agli attori che partecipano all'"arena deliberativa"¹²⁶. La legittimità del processo decisionale è direttamente proporzionale al grado di apertura e di trasparenza dello stesso. In questo senso è vero che la prospettiva procedurale impone l'assunzione di un "*diverso piano di discorso*" nel quale le categorie ed i concetti propri delle tradizionali forme di regolazione sociale diventano inutilizzabili; un piano di discorso che comporta l'assunzione di un "*modello di regolazione e sociale senza modello*", nel quale cioè anche il *modus operandi* si determina per effetto del concorso attivo dei soggetti portatori di interessi oggetto del processo decisionale¹²⁷. Precondizioni di funzionamento di quest'ultimo (cioè tali da fondarne la legittimazione) sono, in primo luogo che l'oggetto dello stesso (il tema o problema affrontato) ed i suoi esiti (la soluzione prospettata) siano "aperti", cioè non predefiniti né vincolati da presupposti sottratti al confronto "discorsivo"; in secondo luogo che tutti gli attori "collettivi" (istituzionali e sociali) in esso coinvolti siano non solo rappresentativi¹²⁸, ma anche "autonomi", cioè titolari di un potere "effettivo" e non condizionato di incidere sugli esiti del medesimo. In assenza di tali condizioni il processo

¹²⁶ Cfr. A.Andronico- A. Lo Faro, *Metodo di coordinamento*, cit., 548

¹²⁷ Cfr. J.Scott-M.Trubeck, *Mind the Gap: Law and new Approaches to Governance in the European Union*, ELJ 2002, 18 ss.

¹²⁸ Il problema della necessità di selezionare soggetti "rappresentativi" è sottolineato da C. Barnard- S.Deakin, , *Corporate governance, European governance and social rights*, in B.Hepple (ed), *Social and Labour Rights in a Global Context*, Cambridge, 2003, 146

deliberativo rischia di diventare una "*discussion between elites for elites*"¹²⁹.

E' sin troppo scontato osservare che nel MAC né l'esito del processo né il metodo sono "aperti" e "partecipativi". La logica procedurale non ispira realmente il MAC perché il coinvolgimento dei diversi attori avviene a valle e non a monte del processo deliberativo e finisce per essere più funzionale a garantire una legittimazione *ex post* delle politiche considerate necessarie che a definire *ex ante* gli obiettivi da perseguire¹³⁰. Non è vero che le "modalità" per raggiungere l'obiettivo sono "aperte" e rimesse ad una logica di "confronto" deliberativo pluriordinamentale, coordinato a livello comunitario, dal momento che esse sono predeterminate¹³¹. Ciò perché, in ultima analisi, "predeterminate" (cioè sottratte al confronto) sono le regole del "mercato aperto e in libera concorrenza", funzionali a garantire la piena tutela delle libertà economiche fondamentali (queste sì protette dal diritto "*hard*" al più alto grado). E' il rapporto tra diritti sociali e mercato ad essere sottratto alla logica del discorso procedurale, come risulta chiaro leggendo gli orientamenti sull'occupazione (oggi "integrati" con quelli economici)¹³². Le "pratiche migliori" sono quelle più sintoniche con i vincoli di competitività considerati ineludibili: è l'*hard law* "economico" che impedisce sia alla "*soft law*" sociale che al metodo grazie al quale questa è prodotta di essere realmente "aperti" e "procedurali". D'altra

¹²⁹ Così C. Barnard- S.Deakin, ult.cit., 147

¹³⁰ Come osservano A.Andronico-A.Lo Faro, *Metodo di coordinamento*, cit., 549 "è proprio per questo che l'OMC rischia di essere in effetti semplicemente un metodo di 'cooperazione': in quanto non prevede nessuna forma di 'coordinamento' al momento della costruzione del problema da risolvere, della identificazione degli interessi coinvolti nel procedimento e della selezione locale delle possibili soluzioni". Lo steso limite del MAC è evidenziato da C.Offe, *The European Model of 'Social' Capitalism: Can It Survive European Integration?*, JPP 2003, 462 ss.

¹³¹ Cfr. a riguardo S.Smismans, *The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights*, in G.de Burca- B.de Witte (eds), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, 220 per il quale "while the precise impact of the 'soft' OMC procedure remains unclear, the first years of experience show at least its important potential in the diffusion of a cognitive framework defining in which terms and with which priorities debates on certain policies, such as employment, should take place in Member State. This framework defines the conceptual borders beyond which any alternative becomes increasingly more difficult to defend and even to imagine"; per analoghe considerazioni critiche cfr. anche E.Szyszczak, *The Evolving European Employment Strategy*, in J.Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford-Portland Or., 2000, 211; D.Ashiagbor, *EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda: From 'Social Policy' to 'Employment Policy'*, ELJ 2001, 311; K.Jacobsson, *Soft Regulation and the Subtle Transformation of States: The Case of EU Employment Policy*, JEPP 2004, 361.

¹³² Cfr. Commissione CE, *Comunicazione della Commissione. Raccomandazione per una raccomandazione del Consiglio concernente l'attuazione delle politiche per l'occupazione negli Stati membri*, COM (2004) 239 def.

parte il MAC è nato nell'ambito dei Consigli europei degli anni novanta che hanno fatto delle politiche anti-infazionistiche l'obiettivo primario dell'agenda comunitaria, al cui perseguimento lo stesso MAC ha finito per essere funzionale grazie alla diffusione delle "migliori pratiche" ricavate dai mercati del lavoro più flessibili e dai sistemi di sicurezza sociale economicamente più virtuosi¹³³

Nè può considerarsi "procedurale" il metodo di coordinamento in relazione all'effettiva partecipazione allo stesso dei diversi attori interessati. Basti considerare che il PAN italiano del 2004 (Piano di azione nazionale) relativo all'inclusione sociale (sulla cui base si "sviluppa" il confronto a livello comunitario) è stato redatto da cinque funzionari ministeriali¹³⁴, per riconoscere come il deficit partecipativo sia evidente.

A livello comunitario si manifesta poi al massimo grado il problema, noto agli studiosi della teoria pluralista dei gruppi di interesse, della c.d. "rappresentanza incompleta", ovvero del fatto che alcuni gruppi hanno la possibilità di esercitare un'influenza sulle decisioni finali più che proporzionale rispetto alla loro effettiva rappresentanza¹³⁵. Soprattutto, nessuno degli attori sociali è "autonomo" nel concorrere alla definizione delle politiche sociali, siano essi i sindacati che le forme organizzate della società civile. A tale riguardo più che eloquente è la lettura di come ed in che senso il "partenariato europeo per la crescita e l'occupazione" è considerato indispensabile per il rilancio della Strategia di Lisbona nella comunicazione della neo-insediata Presidenza della Commissione¹³⁶. La partecipazione degli attori sociali è vista come lo strumento necessario per "ottenere fiducia e sostegno al cambiamento". Lo sviluppo di un "partenariato europeo" ha "un'unica funzione: agevolare e accelerare l'attuazione delle riforme necessarie alla crescita e all'occupazione"¹³⁷.

¹³³ Cfr. S.Deakin, *The "Capability" Concept*, cit., 120-121; per l'autore l'origine della Strategia europea per l'occupazione "accounts for emphasis within the employment strategy upon the promotion of labour flexibility and the reduction of social security expenditure, themes which have led the Commission to give negative evaluations of the employment record of nordic system while leaving th UK's neoliberal approach relatively free of criticism". Per una accurata valutazione critica dell'impatto della SEO sui mercati del lavoro nazionali, cfr. D.Ashiagbor, *The European Employment*, cit., 242 ss.

¹³⁴ M.Ferrera-S.Sacchi, *Il metodo aperto di coordinamento e le capacità istituzionali nazionali: l'esperienza italiana*, GDLRI 2005, 59 ss.

¹³⁵ Cfr. i "classici" saggi di T.J.Lowi, *The End of Liberalism: Ideology, Policy and the Crisis of Public Authority*, New York, 1969 e di G.Mc Connel, *Private Power and American Democracy*, New York, 1966

¹³⁶ *Comunicazione al Consiglio Europeo di Primavera - Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione - Il rilancio della strategia di Lisbona - Comunicazione del presidente Barroso d'intesa con il vicepresidente Verheugen*, COM(2005) 24 def.

¹³⁷ *Ibidem*, 16. La Commissione è ancora più esplicita nella *Comunicazione della Commissione al Consiglio Europeo di primavera- E' ora di cambiare marcia. Il nuovo*

Riforme le cui linee di sviluppo sono appunto contenute negli orientamenti adottati dal Consiglio: e così il cerchio si chiude.

Il deficit di legittimazione democratica insito nel MAC sta dunque nel fatto che tale metodo non è sufficientemente "aperto" e "partecipativo". Un deficit per altro ampiamente previsto dagli stessi sostenitori delle teorie deliberative. Le condizioni che legittimano e rendono possibile il funzionamento di un' "arena deliberativa" sono tanto più difficili da concretizzarsi quanto più essa è ampia, cioè tanto più alto è il livello ordinamentale nel quale essa si colloca¹³⁸. Non è un caso che le esperienze pratiche di maggior successo di "democrazia partecipativa" si abbiano a livello locale¹³⁹. Il modello deliberativo e procedurale di produzione delle regole, se assunto a livello comunitario, non può che essere imperfetto, ovvero costantemente perfettibile sotto il profilo dei soggetti coinvolti, della loro rappresentatività e della loro capacità di influire sul processo deliberativo.

In un contesto come quello comunitario, il diritto all'azione collettiva diventa allora un presupposto irrinunciabile delle nuove forme di regolazione sociale affinché esse evolvano nel senso (da più parti auspicato) di rafforzare la legittimazione democratica dell'azione comunitaria e non assumano il carattere di mero strumento di implementazione degli effetti dell'integrazione negativa, o finiscano per sclerotizzarsi in prassi di cooptazione neocorporativa¹⁴⁰, per giunta con attori depotenziati nella loro capacità di influire sulle decisioni. Tale diritto acquista il valore di diritto procedurale fondamentale, se è vero che la logica procedurale induce a porre l'accento sul "problema" del potere e

partenariato per la crescita e l'occupazione, COM (2006) 30 def., 12: "Per ottenere l'accettazione del grande pubblico è infatti indispensabile che cittadini e imprese riconoscano l'utilità della riforma e i suoi effetti benefici sulla loro esistenza: un sentimento di appartenenza che può nascere unicamente dalla partecipazione, diretta o indiretta (tramite organizzazioni rappresentative) alla sua elaborazione. Molto resta ancora da fare per convincere i cittadini che le riforme contribuiranno a una maggiore prosperità generalizzata e per riuscire a coinvolgerli nel processo. Ciò richiederà un notevole sforzo sia da parte degli Stati membri che delle istituzioni dell'UE."

¹³⁸ Cfr. J.Parkinson, *Legitimacy Problems in Deliberative Democracy*, PS 2003, 180

¹³⁹ Cfr. B. Gbikpi, *Dalla teoria della democrazia*, cit, 81.

¹⁴⁰ J.H.H.Weiler, *The Commission as Euro-Skeptic: A Task Oriented Commission for a Project-Based Union. Comment on the First Version of the White Paper*, in C.Jeorges-Y.Meny-J.H.H.Weiler (eds.), *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, Jean Monnet WP 67/01, sottolinea il rischio che "the inclusion of more players into the circle of decision making [should create] a system with strong crypto-corporatist elements coupled with worst danger of consociational models, notably the exclusion of those interests which are not privileged 'actors' and players". Anche J.Cohen-J.Rogers, *Solidarity, Democracy, Association*, in E.O.Wright (ed.), *Associations and Democracy*, London-New York, 1995, 237 evocano il rischio che il "deliberative model" possa evolvere in una forma di "post-modern corporativism".

del modo "diseguale" con cui esso viene esercitato nelle sedi istituzionali, così come nel mercato e nella società e se è vero che un diritto sociale tanto più si giustifica in chiave procedurale quanto più è diritto di "autonomia", funzionale a riequilibrare i rapporti di potere degli attori collettivi nei processi di produzione delle regole sociali.

Il valore aggiunto della concezione procedurale dei diritti fondamentali sta nell'accento posto sul loro essere funzionali ad accrescere le "*capabilities*" dei singoli e dei gruppi nel prendere parte attivamente alla regolazione sociale. In tale prospettiva il diritto all'azione collettiva garantisce a chi è stato escluso dal processo di formazione delle regole di far sentire la sua voce: usando categorie habermassiane, è il diritto che consente di ampliare la "sfera pubblica" quando questa è stata costruita senza tener conto dell'opinione di chi è interessato al processo di formazione della volontà politica¹⁴¹.

¹⁴¹ Anche T. Novitz, *International and European*, cit., 21-22 conclude per la necessità di iscrivere il diritto di sciopero nel quadro dei principi discorsivi, in ragione della inevitabilità di situazioni nelle quali gli interessi contrapposti non possono conciliarsi attraverso il confronto razionale, ma solo con la composizione per via negoziale; negare ciò e sostenere che esista sempre un "punto di vista imparziale" è per l'autrice pericoloso e mistificante. Con tali osservazioni si concorda. Ad esse si ritiene possa aggiungersi che gli stessi principi discorsivi, proprio per la distanza tra la "situazione discorsiva" reale e quella ideale (particolarmente evidente se tali principi si applicano a livello comunitario), giustificano il riconoscimento di un diritto all'azione collettiva. Un diritto non finalizzato alla negoziazione collettiva ma al coinvolgimento nello stesso processo deliberativo e che include ma non si risolve nel diritto di sciopero, proprio in ragione del fatto che esso spetta ai cittadini in quanto tali e non solo a chi è "formalmente" titolare di un rapporto di lavoro subordinato.