



Università degli Studi di Catania  
Facoltà di Giurisprudenza

*Giovanni Orlandini*

## Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 66/2008



© Giovanni Orlandini 2008  
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](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione)

**Autonomia collettiva e libertà economiche:  
alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto  
e in libera concorrenza\***

**Giovanni Orlandini  
Università di Siena**

1. Introduzione.....	3
2. Mercato interno, delocalizzazioni e autonomia collettiva: la sentenza Viking .....	5
3. L'autonomia collettiva di fronte alla «seconda fase» della delocalizzazione: la sentenza Laval .....	11
4. Azioni collettive transnazionali: possibili scenari di regolazione comunitaria .....	17
5. L'azione collettiva come ostacolo all'esercizio delle libertà economiche: l'equiparazione tra fatti e regole .....	22
5.1. Regole privatistiche, autonomia collettiva e libertà economiche .....	28
5.2. Il pregiudizio ideologico della Corte nei confronti del conflitto sindacale.....	31
6. In merito alla pretesa efficacia orizzontale diretta della direttiva 96/71 .....	33
7. Considerazioni intorno alla «legolatria» della Corte di giustizia	37
8. La difesa dal dumping sociale come causa di giustificazione: la	

---

\* Di prossima pubblicazione in GDLRI, n. 2, 2008

«vera» svolta della Corte di giustizia? .....	41
9. Il problema della qualificazione giuridica della fattispecie nel caso <i>Laval</i> .....	43
9.1. Segue: il distacco transnazionale intra-gruppo tra disciplina lavoristica e regole del mercato interno .....	46
10. Un diritto fondamentale privo di contenuto? .....	49
11. Dal bilanciamento all'immunità .....	54
Riferimenti bibliografici .....	59

## 1. Introduzione

Non era difficile prevedere che l'ingresso nell'Ue dei paesi dell'est europeo avrebbe comportato una concorrenza tra imprese giocata sul più basso costo del lavoro. La possibilità di sfruttare il c.d. *dumping* sociale è uno dei motivi (e non uno dei meno importanti) che hanno reso appetibile a quei paesi l'ingresso nel mercato unico comunitario. E così, all'indomani dell'allargamento dell'Ue, è puntualmente emerso il contrasto tra gli interessi delle imprese a sfruttare i vantaggi concorrenziali dati dai differenziali del costo del lavoro e gli interessi degli Stati e dei sindacati a difendere i propri sistemi nazionali di protezione sociale. Eppure l'Ue, gli Stati membri e le stesse parti sociali sembrano essere stati colti di sorpresa dai casi *Viking* e *Laval* e dalla domanda che entrambi hanno sollevato davanti al supremo organo giurisdizionale comunitario: è legittima per il diritto comunitario un'azione collettiva attuata dai sindacati di uno Stato membro per ostacolare l'accesso di un'impresa nel mercato di un altro Stato membro<sup>1</sup>?

A questa domanda la Corte di giustizia si è trovata a dover rispondere con strumenti inadeguati, perchè frutto di una fase dell'integrazione comunitaria nella quale il *dumping* sociale era ancora un fantasma spesso evocato ma mai manifestatosi palesemente. Inadeguatezza, s'intende, che riguarda i lavoratori ed i sindacati, non certo le imprese né i paesi di nuova accessione, per i quali anzi gli equilibri disegnati dalle fonti comunitarie pre-allargamento rappresentano una straordinaria opportunità. E da questi due casi si ricava l'immagine di un'Europa divisa in due, come testimoniano le memorie che gli Stati membri hanno depositato davanti alla Corte nel corso dei giudizi: a favore delle ragioni delle imprese quelle dei paesi dell'est e del Regno Unito (da sempre restio ad accettare vincoli alle dinamiche del mercato interno), a sostegno delle obiezioni dei sindacati quelle dei paesi dell'Europa occidentale.

La Corte ha dato ragione ai primi, sollevando così un coro di critiche da

---

<sup>1</sup> I fatti oggetto delle sentenze sono noti e qui ci si limiti a richiamarli sinteticamente: nel caso *Viking* la questione si è posta con riferimento ad un'azione sindacale attuata dal sindacato finlandese dei marittimi (con il sostegno del sindacato internazionale) finalizzata ad impedire ad un'impresa navale finlandese di adottare la bandiera estone in una sua nave (*Rosella*) utilizzata nella tratta Helsinki-Tallin e di applicare al proprio equipaggio le più sfavorevoli condizioni di lavoro previste dall'ordinamento dell'Estonia. Nel caso *Laval* la Corte è stata chiamata a decidere della legittimità di un'azione collettiva attuata dai sindacati svedesi nei confronti di un'impresa edile lettone, presente in Svezia per eseguire un appalto: scopo dei sindacati svedesi era indurre l'impresa straniera a firmare il contratto collettivo nazionale che, nel settore edile svedese, è il presupposto per aprire una negoziazione sui minimi retributivi da applicare in azienda.

parte di quanti si erano illusi che l'allargamento dell'Ue non comportasse costi sociali per la «vecchia» Europa. Scopo delle pagine che seguono è in primo luogo cercare di chiarire in che modo i *dicta* della Corte di giustizia ridefiniscano gli spazi riconosciuti all'esercizio dell'autonomia sindacale nell'ambito del mercato interno dell'Ue; in secondo luogo valutare se le «critiche» alle sentenze abbiano un fondamento alla luce dei principi del diritto comunitario e se quei principi possano essere fondatamente declinati in modo diverso rispetto a quanto prospettato dalla Corte di giustizia.

I due casi hanno avuto un esito per molti aspetti sensibilmente diverso, essendo diverse le controversie che li hanno originati e le norme sulle quali essi sono stati decisi: il caso *Viking* riguarda la libertà di stabilimento delle imprese riconosciuta dall'art. 43 TCe, il caso *Laval* la libertà di prestazione di servizi affermata dall'art. 49 TCe. Tuttavia la Corte segue in entrambe le sentenze un medesimo approccio e fonda la decisione su dei comuni principi, che essa deduce dalla propria giurisprudenza precedente ma che ne rappresentano una indubbia evoluzione. Sono principi che assumono un'importanza decisiva per il futuro dell'integrazione del mercato comunitario, perchè chiariscono aspetti fino ad oggi ancora incerti relativi alle sue regole di funzionamento. E' opportuno elencarli sinteticamente, prima di entrare nel merito delle decisioni e valutarne gli effetti.

1) La Corte chiarisce il significato dell'art. 137.5 TCe, che esclude espressamente la competenza dell'Ue in materia di «diritto di sciopero» (oltre che di retribuzione, libertà di associazione sindacale e serrata): la norma impedisce alle istituzioni comunitarie di legiferare in materia (adottando direttive), ma ciò non significa che negli ordinamenti nazionali sia legittimo regolare ed esercitare il diritto di sciopero in modo tale da violare i principi del diritto comunitario, che gli Stati devono sempre rispettare quando esercitano la loro sovranità. In altre parole, l'art. 137.5 non comporta una garanzia di «immunità» dal diritto comunitario del diritto di sciopero come regolato sul piano nazionale.

2) Le libertà economiche fondamentali riconosciute nel Trattato Ce devono essere rispettate non solo dagli Stati e dagli organismi dotati di potere pubblico, ma anche dai soggetti privati nell'esercizio della loro autonomia negoziale e sono invocabili nei rapporti inter-privati, quali sono quelli tra un'impresa ed il sindacato. Le norme del Trattato relative al funzionamento del mercato interno hanno cioè un'«efficacia diretta orizzontale» e non solo «verticale».

3) L'Ue riconosce come diritto fondamentale dei lavoratori europei il diritto di azione sindacale, che comprende lo sciopero, ma anche questo diritto trova dei limiti in altri diritti, libertà e principi fondamentali

riconosciuti nell'ordinamento comunitario.

4) In presenza di un ostacolo alla libertà economica di un'impresa, la Corte di giustizia ed i giudici nazionali competenti devono valutare l'esistenza di eventuali giustificazioni addotte dai soggetti (pubblici o privati) che l'hanno creato. L'esigenza di tutelare i lavoratori rientra tra le giustificazioni ammesse dall'ordinamento comunitario, in quanto rispondente ad un «interesse generale» meritevole di tutela. Si tratta di valutare, caso per caso, se l'ostacolo posto alla libertà dell'impresa sia effettivamente necessario per perseguire tale interesse (c.d. test di necessità o di adeguatezza) e se non configuri un'eccessiva compressione di tale libertà, vale a dire se non esistano altri mezzi capaci di ottenere analoghi risultati garantendone maggiormente l'esercizio (c.d. test di proporzionalità).

E' nell'ambito di questi principi che si iscrivono le regole d'esercizio dell'azione sindacale configurate dalla Corte nelle sentenze in esame e che descrivono la disciplina «giurisprudenziale» dell'autonomia collettiva nel mercato interno comunitario.

## **2. Mercato interno, delocalizzazioni e autonomia collettiva: la sentenza Viking**

I principi enunciati nella sentenza *Viking*<sup>2</sup> permettono di definire una sorta di disciplina comunitaria delle delocalizzazioni, sotto il peculiare profilo del ruolo da riconoscere all'autonomia collettiva ed all'azione sindacale nel regime di protezione dei lavoratori in esse coinvolti. La Corte sviluppa il proprio ragionamento solo alla luce dell'art. 43 TCe, rinunciando così a pronunciarsi in merito alla fase che, si può dire fisiologicamente, segue l'*outsourcing*, ovvero il momento della riappropriazione dell'attività esternalizzata attraverso un contratto di tipo commerciale; fase che chiama in causa l'art. 49 TCe e che è oggetto «esclusivo» della sentenza *Laval*.

Dalla sentenza *Viking* si deduce che per il diritto comunitario è legittima un'azione sindacale tesa a tutelare i dipendenti di un'impresa che intende trasferirsi in un altro Stato membro, nel caso in cui gli interessi di tali dipendenti siano «realmente compromessi o seriamente minacciati» dal trasferimento. Ciò significa che tale impresa può legittimamente essere indotta con l'arma del conflitto ad obbligarsi a non licenziare i lavoratori da trasferire e a continuare ad applicare loro le medesime condizioni di lavoro anche dopo il trasferimento. In questo senso sembra doversi intendere il passaggio della sentenza nel quale la

---

<sup>2</sup> Cgce 11.12.2007, *International Transport Workers' Federation (ITWF) and Finnish Seamen's Union (FSU) c. Viking Line ABP and Viking Line Eesti*, causa C-438/05, inedita.

Corte riconosce che l'eventuale illegittimità dello sciopero dipende dall'accertamento da parte del giudice di rinvio della mancanza di una piena «vincolatività» giuridica dell'impegno preso dall'impresa «madre» di non intaccare occupazione e condizioni di lavoro dei propri dipendenti finlandesi<sup>3</sup>. Ulteriori limiti all'azione sindacale possono derivare solo dalla legislazione nazionale, se è vero che l'accertamento, nel rispetto del principio di proporzionalità, dell'esistenza di eventuali «altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento», deve essere condotto con riferimento alla «normativa nazionale» ed alle «norme contrattuali applicabili»<sup>4</sup>. Le azioni transnazionali organizzate e realizzate dall'ITWF (*International Workers Transport Federation*) diventano ingiustificate nel momento in cui sono realizzate anche quando nessuna minaccia ai diritti dei lavoratori deriva dal trasferimento dell'azienda (nel caso, attuato tramite il cambio di bandiera), com'è quando questo si realizza in uno Stato «che garantisce ai lavoratori una tutela più elevata di quella di cui beneficerebbero nel primo Stato»<sup>5</sup>.

Una simile disciplina configurata dalla Corte può apparire rassicurante per sindacati e lavoratori europei e sembra correggere per così dire «*in melius*» (dal punto di vista di questi ultimi) le conclusioni della A.G. Poiares Maduro. Questi aveva letto la vicenda attraverso la doppia lente dell'art. 43 e 49 TCe, e ciò non a torto, visto che è evidente come il problema delle condizioni di lavoro da riconoscere ai marinai della *Viking* chiami in causa la libertà di prestare il servizio una volta realizzato il trasferimento attraverso il cambio di bandiera<sup>6</sup>. In ragione di ciò l'A.G. aveva distinto l'azione diretta ad impedire il trasferimento, legittima purchè sottoposta alla medesima disciplina applicabile a quella condotta nell'ambito di un trasferimento «interno» al territorio nazionale, e l'azione collettiva tesa ad imporre all'impresa, una volta trasferitasi in uno Stato membro, il rispetto di normative di legge e di contratto dello Stato d'origine; azione quest'ultima da considerare irrimediabilmente censurabile alla luce dell'art. 49, comportando una «discriminatoria» compartimentazione del mercato interno<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, punto 83 delle motivazioni.

<sup>4</sup> *Ibidem*, punto 87.

<sup>5</sup> *Ibidem*, punto 89.

<sup>6</sup> L'uso strumentale della libertà di stabilimento, esercitata solo per continuare ad erogare gli stessi servizi ad un più basso costo del lavoro, porta Carabelli 2007, 102 a considerare il caso *de quo* un'ipotesi di «abuso» del diritto comunitario (sulla giurisprudenza della Corte poco propensa a riconoscerlo cfr. *infra* nt. 119).

<sup>7</sup> Cfr. Conclusioni dell'A.G. Maduro in causa C-438/05, punti 65 e 69. Per Corti 2007, 803 il principio adottato da Maduro è comunque criticabile perché «condotto fino alle sue estreme conseguenze, impedirebbe finanche un'azione concertata per imporre un salario minimo

Al contrario di Maduro, i giudici di Lussemburgo si limitano a leggere la vicenda nella sua fase «statica» (manifestazione della libertà di stabilimento) e non nella sua eventuale e successiva fase dinamica (espressione della libertà di prestare servizi). Anche sotto il mero profilo della libertà di stabilimento, la Corte poteva comunque giungere a conclusioni più limitanti l'esercizio dell'azione sindacale. Come essa stessa espressamente riconosce, l'azione sindacale posta in essere nei confronti della «*Viking*» configura un «futuro» trattamento discriminatorio, prospettando per questa l'impossibilità di beneficiare dei medesimi trattamenti degli altri operatori economici presenti nello Stato di stabilimento<sup>8</sup>. Da qui a sostenere che solo ragioni di «ordine pubblico» potrebbero giustificare una simile violazione della libertà dell'impresa il passo è breve<sup>9</sup>. La Corte invece non lo compie e riconduce l'intera argomentazione nell'ambito degli ostacoli non discriminatori e delle giustificazioni fondate sull'«interesse generale». In tal modo consente ai sindacati dello Stato d'origine dell'impresa di fare ciò che non è ammesso al legislatore dello Stato di destinazione.

Torneremo oltre sulle (possibili) ragioni di un simile «*favor*» nei confronti delle azioni collettive attuate nell'ambito di applicazione dell'art. 43, che la Corte di lì a breve non confermerà nell'applicare l'art. 49. Per il momento merita evidenziare come anche i principi elaborati nella sentenza *Viking*, che si è detto apparire rassicuranti per i lavoratori europei, lo siano solo parzialmente e ciò vuoi in ragione del loro limitato ambito di applicazione vuoi perchè non sono immuni da un possibile utilizzo capace di limitare comunque la praticabilità dell'azione collettiva.

Sotto quest'ultimo profilo, basti evocare gli incerti scenari che è in grado di configurare l'attribuzione al giudice di rinvio della valutazione circa l'esistenza di altri mezzi, alternativi al conflitto, capaci di «condurre a buon fine il negoziato collettivo»<sup>10</sup>; una valutazione che, se pur condotta alla luce della normativa dello Stato del medesimo giudice, sembra consentire ampi margini di discrezionalità nella sua applicazione al caso concreto. L'utilizzo del *test* di proporzionalità può legittimare un intervento dell'autorità giudiziaria nel merito della controversia dall'esito non facilmente prevedibile. Il rischio è che, per il tramite del principio di

---

comunitario» (in merito alla praticabilità delle azioni transnazionali cfr. *infra* § 4).

<sup>8</sup> Punto 72 di Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2.

<sup>9</sup> L'applicazione di misure discriminatorie alle imprese straniere che esercitano la libertà di circolazione all'interno dell'Ue è ammissibile solo per «motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica» (art. 46.1 TCe), mentre la Corte di giustizia giustifica la presenza di ostacoli non discriminatori anche se fondati su «ragioni imperative d'interesse generale» (in merito, per tutti, cfr. Barnard 2007, 378 ss.).

<sup>10</sup> Punto 87 di Cgce 11.12.2007, cit. a nt.2.

proporzionalità, si induca a riformulare il diritto di sciopero nei termini di *extrema ratio* di risoluzione delle controversie collettive anche in quegli ordinamenti, come quello italiano, nei quali un simile principio (almeno nel settore privato) non esiste<sup>11</sup>.

Anche il modo con cui la Corte applica al caso di specie il c.d. *test* di necessità non permette di escludere scenari limitanti l'esercizio dell'azione sindacale. Il presupposto che ne giustifica il ricorso è che «i posti o le condizioni di lavoro» siano «realmente compromessi o seriamente minacciati» dal cambio di bandiera.

Non è sufficiente la «semplice» minaccia e la «possibile» compromissione delle condizioni di lavoro, ma il giudice di rinvio è chiamato ad operare una sorta di accertamento in merito alla fondatezza dei «timori» che hanno indotto il sindacato a realizzare l'azione collettiva. Un giudizio che anche in questo caso apre la strada ad una discutibile intromissione del potere giudiziario nel merito delle scelte strategiche del sindacato.

Non scontata è poi la legittimità di azioni sindacali che si pongano finalità diverse da quelle di «tutela dei lavoratori» dipendenti dell'impresa da trasferire. Il ragionamento della Corte, prendendo forma dalla concreta fattispecie oggetto della controversia, si sviluppa tutto in relazione alla finalità «contrattuale» dello sciopero<sup>12</sup>. Da ciò il dubbio circa l'invocabilità delle cause di giustificazione in presenza di scioperi di protesta, politici, o comunque nei quali la funzionalità «diretta» con la protezione delle condizioni di lavoro non sia evidente<sup>13</sup>. I *dicta* della sentenza *Viking* mettono a rischio la possibilità di fondare la legittimità di simili azioni (sempre che essa sussista per il diritto nazionale) alla luce del *test* di proporzionalità<sup>14</sup>.

Il secondo problema che sollevano i principi enunciati dalla Corte nella sentenza *Viking* attiene al significato che questi acquisiscono al di fuori del contesto affatto particolare nel quale sono stati enunciati: quello del trasporto marittimo. E' in questo contesto che la delocalizzazione avviene grazie ad un trasferimento meramente legale e non fisico della sede di lavoro (la nave)<sup>15</sup>, il che non accade nelle normali ipotesi di

---

<sup>11</sup> In tal senso cfr. Ales 2008, 15 e Ballestrero 2008, 384.

<sup>12</sup> Come osserva ancora Ballestrero 2008, 377 la lettura «funzionalizzata» dell'azione sindacale in *Viking* è stata indubbiamente favorita dalla disciplina finlandese dello sciopero e dai limiti che questa prospetta (limiti tra i quali la Corte suprema finnica comprende anche quelli derivanti dall'ordinamento dell'Ue).

<sup>13</sup> Di «logica strettamente funzionalista» e «strutturalmente "servente" della attività di pacificazione degli interessi» parla Veneziani 2008.

<sup>14</sup> In questo senso cfr. anche Reich 2008, p. 159-160.

<sup>15</sup> Come osserva Jaspers 2007, 64, per un'impresa navale che ricorre all'adozione di una

delocalizzazioni. Ciò, se rende più facile il trasferimento per l'azienda, permette anche l'attuazione di strategie sindacali tese a neutralizzarne gli effetti. In presenza di una normale ipotesi di delocalizzazione la strategia di azione sindacale è molto più complessa e può indurre ad adottare azioni di lotta più radicali (come blocchi, occupazioni d'azienda o minacce di boicottaggio)<sup>16</sup>, finalizzate ad impedire la chiusura e la successiva apertura di uno stabilimento in un altro paese o ad indurre l'impresa delocalizzante a garantire i posti di lavoro e la ricollocazione dei lavoratori del paese d'origine. Più difficile configurare una strategia come quella adottata dai sindacati finlandesi, tesa al mantenimento degli *standard* contrattuali dopo il trasferimento, perchè il trasferimento dell'azienda in un altro Stato membro di norma non comporta quello dei lavoratori.

Si prospettano sotto questo profilo problematici intrecci tra le questioni in esame e la disciplina comunitaria in tema di trasferimento d'azienda. La vicenda oggetto della sentenza *Viking* potrebbe in astratto configurarsi come un trasferimento d'azienda, consistente nel passaggio di proprietà della nave dal datore finlandese a quello estone. Se il problema dell'applicazione della direttiva 2001/23/Ce non si pone è perchè l'applicazione di questa alle imprese navali è espressamente esclusa (art. 1); da ciò il riconoscimento di una piena libertà di queste ultime di attuare strategie di *re-flagging* senza il rischio che esse siano vanificate dal principio della continuità *ex lege* dei rapporti di lavoro imposto dalla direttiva<sup>17</sup>. La Corte sembra in sostanza consentire che quanto previsto

---

bandiera di comodo «*outsourcing is [...] primarily more of a legal than a physical operation*». In merito alle strategie poste in essere dal sindacato internazionale dei marittimi per contrastare le operazioni di *re-flagging* cfr. Fitzpatrick 2007, 85 ss. Cfr. anche Fili 2007, 773 che analizza la recente Convenzione OIL n.186/2006 (*Maritime Labour Convention*) deputata a fissare *standard* internazionali funzionali ad arginare il *dumping* sociale. La Convenzione sembra destinata a tradursi in fonte comunitaria se, come richiesto dalle parti sociali europee di settore, verrà recepito in direttiva l'accordo raggiunto dalle stesse il 12 novembre 2007; accordo che ha fatto seguito all'iniziativa della Commissione (cfr. COM (2006) 287). Si tratta di un esempio di dialogo tra fonti OIL e attori comunitari di indubbio interesse (così Sciarra 2008, 259), anche se non si può ignorare come difficilmente ciò possa rappresentare un serio argine al *dumping* sociale nel mercato interno, vista l'estrema genericità degli *standard* di tutela definiti dalla Convenzione OIL e trasposti nell'accordo europeo.

<sup>16</sup> Per un'analisi comparata delle diverse discipline nazionali in relazione a simili forme di azione sindacale, si rinvia a Dorssemont-Jaspers- van Hoek (eds.), 2007, ed ivi spec. Dorssemont, 264 ss.

<sup>17</sup> Il diritto comunitario non solo non preclude il pieno potere delle compagnie navali di cambiare bandiera ma ne facilita l'esercizio, con l'unico vincolo del rispetto degli *standard* internazionali di sicurezza e tutela ambientale (cfr. *Regolamento (Ce) n. 789/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativo al trasferimento delle navi*

dalla direttiva 2001/23 sia perseguibile in caso di cambio di proprietà di una nave attraverso l'azione sindacale: non si nega il diritto dell'impresa a mutare titolarità e sede, ma si consente che i lavoratori possano agire in modo da non subire gli effetti pregiudizievoli di tale decisione.

Lo scenario cambia radicalmente a fronte di una «normale» ipotesi di delocalizzazione (non riguardante una nave), operata attraverso la chiusura di uno stabilimento e l'apertura di uno nuovo in un diverso Stato membro. In questo caso di norma è difficilmente configurabile un trasferimento d'azienda ai sensi della direttiva 2001/23, anche se, in astratto, questa sarebbe applicabile laddove tale situazione si concretizzasse<sup>18</sup>. E' proprio in ragione di ciò (del fatto che di norma non c'è in questo caso né trasferimento di beni né di lavoratori) che non è neppure adottabile la strategia sindacale attuata nel caso *Viking*.

Da quanto detto si ricava una conclusione: al di fuori del contesto marittimo i principi enunciati dalla Corte sembrano avere scarsa utilità per i lavoratori ed i sindacati degli Stati membri. Nella stragrande maggioranza dei casi la delocalizzazione avviene in modo tale da vanificare la praticabilità di un'azione sindacale riconducibile per modalità ed obiettivi perseguiti a quella attuata nel caso *Viking*. In ipotesi in cui ciò non avvenga e sia quindi configurabile un trasferimento d'azienda (ad esempio se vi fosse un «significativo» trasferimento dei lavoratori in esso coinvolti), troverà applicazione la direttiva 2001/23 che, nel garantire continuità di occupazione e di condizioni di lavoro per i lavoratori trasferiti, rende superflua la stessa azione collettiva che si ponga i medesimi obiettivi e sproporzionata quella eventualmente attuata per ottenere tutele ulteriori.

Resta l'importanza del principio per cui è legittimo tentare di impedire un trasferimento di sede aziendale in un altro paese con l'arma del conflitto. Ma si tratta di capire che cosa esso significhi se applicato ad ipotesi specifiche di azioni sindacali diverse da quelle attuate nel caso *Viking* e capaci di limitare in modo ancora più incisivo la libertà di stabilimento dell'impresa. Azioni sindacali orientate ad impedire *tout court* il trasferimento e non a «regolare» gli effetti che ne derivano su chi l'azione pone in essere, non è scontato che possano trovare

---

*da carico e passeggeri tra registri all'interno della Comunità e che abroga il regolamento (Cee) n. 613/91 del Consiglio).*

<sup>18</sup> Che nulla osti all'applicazione della direttiva in caso di trasferimento inter-statali lo ricorda Hepple 2005, 175; perchè la fattispecie sia configurabile è necessario che il trasferimento riguardi un'«entità economica che mantiene la sua identità» (art. 1 (1) (b)), ovvero che coinvolga un gruppo di lavoratori tale da potersi considerare, in ragione del tipo di attività svolta, un'articolazione dell'azienda trasferita (cfr. Cgce 11.3.1997, *Süzen c. Zehnacker*, causa C-13/95, Racc. 1997, I-1275).

legittimazione sul piano dell'ordinamento comunitario, o almeno una simile conclusione non è pacificamente deducibile da quanto affermato dalla Corte di giustizia. E ciò rende potenzialmente suscettibile di censura qualsiasi azione sindacale tesa ad impedire il cambio di sede di un'azienda. L'art. 43 TCe può diventare così un formidabile strumento in mano alle imprese per scoraggiare scioperi la cui legittimità, dopo *Viking*, è rimessa ad un incerto e defatigante iter giudiziario destinato a concludersi davanti alla Corte di giustizia. E di questo le imprese europee hanno già preso coscienza: nel maggio 2008 il sindacato dei piloti della British Airways (*Balpa*) ha rinunciato ad attuare un'azione sindacale organizzata per impedire l'apertura di uno scalo fuori dal territorio britannico (a Parigi) nell'ambito dell'accordo di liberalizzazione dei voli trans-oceanici tra Europa e USA (c.d. *OpenSkies*). Le parole con le quali il legale del *Balpa* spiega le ragioni della rinuncia al conflitto chiariscono meglio di qualsiasi commento gli scenari aperti da *Viking*: «*It is very clear that win, lose or draw this case, there will be further litigation by way of appeals and further appeals, the House of Lords and perhaps the European Court of Justice as well, which will have the effect of increasing exposure to costs of whichever party ultimately loses. It would plainly be madness to embark on industrial action with the risk that, in the end, it would be declared unlawful*»<sup>19</sup>.

### **3. L'autonomia collettiva di fronte alla «seconda fase» della delocalizzazione: la sentenza Laval**

È con la sentenza *Laval*<sup>20</sup> che la Corte completa il quadro della disciplina delle delocalizzazioni intra-comunitarie, precisando in che misura gli attori sociali possono incidere sulla fase successiva al cambiamento di sede dell'impresa; quella nella quale essa torna ad operare nel mercato nazionale d'origine attraverso una prestazione di servizi transnazionale. La strategia adottata dalla *Laval un Partneri Ltd* è sotto questo profilo paradigmatica e rappresenta la tipica modalità di azione delle imprese finalizzata a sfruttare i vantaggi della vicinanza di mercati più convenienti dal punto di vista della legislazione sociale e del costo del lavoro<sup>21</sup>. La sede principale viene stabilita in un paese con più

---

<sup>19</sup> Cfr. *Financial Times* del 22 maggio 2008 ("Strike threat to new BA airline end" by M. Murphy)

<sup>20</sup> Cgce 18.11.2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al.*, causa C-341/05, inedita

<sup>21</sup> Woolfson 2007, 199 ss. rende conto efficacemente delle caratteristiche del mercato del lavoro nei paesi ex comunisti (e in Lettonia in particolare); caratteristiche che ne spiegano l'«appetibilità» da parte delle imprese dell'Europa occidentale.

bassi *standard* sociali ed al contempo si creano filiali in paesi dove s'intende operare distaccandovi i lavoratori assunti dalla «nuova» sede per effettuare prestazioni di servizi. La prima «fase» di tale strategia (oggetto della sentenza *Viking*), se attuata nell'ambito del mercato comunitario, trova fondamento e tutela nell'art. 43 TCe, la seconda nell'art. 49 e nella direttiva 96/71/Ce relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. Ed è proprio la direttiva 96/71 a rivelarsi decisiva nel condurre la Corte a conclusioni sensibilmente diverse rispetto alla sentenza *Viking* in merito alla praticabilità di azioni collettive capaci di incidere sull'esercizio delle libertà di mercato. Il che dimostra come davvero tale direttiva sia strumento assai più funzionale a favorire l'integrazione del mercato dei servizi che a tutelare i lavoratori in esso impiegati<sup>22</sup>.

Dalla sentenza *Laval* si ricava che gli spazi di esercizio dell'autonomia collettiva come strumento di regolazione della libera prestazione di servizi transnazionale sono decisamente più limitati rispetto a quelli riconosciuti in relazione al diritto di stabilimento. Se in astratto i lavoratori e i sindacati possono porre in essere azioni collettive capaci di intralciare la libera prestazione di servizi di un'impresa straniera, nei fatti tale possibilità resta preclusa dall'obbligo di tenere conto di quanto prescrive il legislatore nella direttiva 96/71. E' questa a stabilire cosa è consentito imporre alle imprese che esercitano la loro libertà di prestare servizi transnazionali, in tal modo traducendo in regole di diritto «derivato» i principi posti dall'art. 49 a presidio di tale libertà.

La Corte sembra affermare che, se è vero che anche nel caso di prestazioni di servizi la «tutela dei lavoratori» integra un'«esigenza imperativa di interesse generale» capace di giustificare limiti alla libertà economica, tale esigenza è già soddisfatta da quanto prescritto dal legislatore comunitario<sup>23</sup>. Gli *standard* di tutela applicabili ai lavoratori distaccati non si identificano con quelli fissati dalle direttive «sociali» comunitarie e sono liberamente stabiliti dagli Stati membri<sup>24</sup>, ma per non creare ostacoli sproporzionati alla libertà di prestazione dei servizi devono essere identificati nei limiti e nei modi previsti dall'art. 3 della direttiva 96/71. In caso in cui esistano *standard* minimi fissati dalla legge, a questi

---

<sup>22</sup> Di «*liberal reading of Dir. 96/71*» da parte della Corte di giustizia parla a ragione Reich 2008, p. 156.

<sup>23</sup> Punto 108 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20.

<sup>24</sup> Quanto affermato a riguardo nella sentenza Cgce 18.11.2007, cit. a nt.19, punto 68 è in linea con la precedente giurisprudenza (cfr. Cgce 25.10.2001, *Finalarte Sociedade de Construcao Civil Lda et al*, causa C-49-50, 52-54 e 68-71/98, Racc. 1995, I-7831, punto 59 delle motivazioni).

si deve far riferimento<sup>25</sup>. E' possibile far riferimento a quanto previsto dai contratti collettivi, se così prevede la legge nazionale di recepimento della direttiva e se ad essi è attribuita un'efficacia tale da non creare disparità di trattamento rispetto alle imprese nazionali, secondo quanto dispone l'art. 3.8, dir. 96/71<sup>26</sup>. Spetta sempre alla legge di recepimento identificare le eventuali disposizioni di ordine pubblico che l'art. 3.10 della direttiva consente siano applicabili alle imprese straniere, in aggiunta alle materie elencate nell'art. 3.1<sup>27</sup>.

D'altra parte un sistema che lasci la definizione degli *standard* di tutela all'esito, incerto nel quando e nel *quantum*, della negoziazione collettiva, risulterebbe irrimediabilmente lesivo delle esigenze di certezza e «prevedibilità» garantite dall'art. 49 a chi intende prestare un servizio in uno Stato diverso dal proprio<sup>28</sup>.

Gli effetti di una simile lettura della direttiva 96/71 si manifestano in massimo grado proprio nei confronti dell'autonomia collettiva, privata di fatto di qualsiasi spazio di esercizio in assenza di una legge che ne «recepisca» i prodotti<sup>29</sup>. La Corte interpreta restrittivamente l'art. 3.7<sup>30</sup>,

---

<sup>25</sup> Punti 70 e 78-80 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20.

<sup>26</sup> A norma dell'art. 3.8, negli ordinamenti dove i contratti collettivi non hanno efficacia *erga omnes*, gli stati possono imporre il rispetto alle imprese straniere se questi «sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o» se sono «conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e [...] sono applicati in tutto il territorio nazionale», sempre che sia garantita la parità di trattamento rispetto alle imprese nazionali.

<sup>27</sup> Punto 84 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20. La Corte fa definitivamente chiarezza sul fatto che la nozione di «ordine pubblico» ex art. 3.10 dir. 96/71 non possa coincidere con quella di «interesse generale», utilizzata nella sua giurisprudenza in merito alle giustificazioni poste dagli Stati alle restrizioni alla libertà economiche fondamentali (come prospettato all'indomani dell'approvazione della direttiva da chi scrive: cfr. Orlandini 1999, p. 478). Ne esce confermato l'effetto della direttiva di restringere gli spazi di discrezionalità statale nel contrastare il *dumping* sociale rispetto a quanto deducibile dai principi ricavabili dal Trattato Ce (da ciò le condivisibili considerazioni critiche di Carabelli 2007, p. 88 ss.). In merito alla restrittiva nozione di «ordine pubblico internazionale», alla quale la direttiva fa riferimento (come chiarisce la Commissione, COM (2003) 458, p. 11) ed alla sua problematica interpretazione, in particolare in relazione alle normative di tutela dei diritti fondamentali ed alla disciplina del licenziamento, cfr. Nadalet 2008, 39-43.

<sup>28</sup> Punto 110 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20.

<sup>29</sup> Che la mancanza dell'esplicito riferimento nella legge di recepimento renda inapplicabili i contratti collettivi alle imprese straniere è affermato già dalla Commissione nella Comunicazione COM (2003) 458, p. 12: «in questi paesi, ai lavoratori distaccati nel loro territorio, si applicano solo le condizioni di lavoro definite dalle disposizioni legislative».

<sup>30</sup> In base all'art. 3.7 «I paragrafi da 1 a 6 [che fissano gli standard minimi di tutela da applicare ai lavoratori distaccati] non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di

rendendo così problematico l'utilizzo del contratto collettivo nella sua tradizionale funzione acquisitiva finalizzata a migliorare le tutele di legge: «le condizioni di lavoro e occupazione più favorevoli» che la norma consente siano applicabili ai lavoratori distaccati, devono intendersi riferite solo a quelle eventualmente stabilite dalla normativa del paese d'origine degli stessi e non a quelle previste dalle fonti convenzionali applicabili ai rapporti di lavoro dei lavoratori dello Stato ospitante<sup>31</sup>. Né è ammissibile imporre alle imprese straniere una negoziazione tesa a stabilire «volta per volta» il trattamento da applicare ai lavoratori distaccati. Il che penalizza irrimediabilmente sistemi contrattuali flessibili, nei quali, come in quello svedese, non esistono minimi salariali «nazionali», ma questi sono definiti negoziando con l'azienda nei singoli contesti produttivi e locali.

Se l'obiettivo della direttiva, imposto dai vincoli del mercato interno, è garantire la certezza delle regole cui l'impresa straniera deve uniformarsi, queste non possono dipendere dall'evoluzione delle dinamiche sindacali, da trattative dall'esito e dalla durata incerta<sup>32</sup>. Da questa importante affermazione di principio della Corte si ricava che lo spazio riconosciuto all'autonomia collettiva nel mercato interno dei servizi si colloca necessariamente a «monte» della singola ipotesi di prestazione di servizi transnazionale. Gli *standard* contrattuali cui l'impresa straniera può essere vincolata devono essere da questa conoscibili «prima» che il servizio venga erogato. In altre parole, devono ricavarsi da contratti collettivi già vigenti e già applicati e rispettati dalle imprese nazionali che operano nel medesimo settore.

Resta un margine di incertezza sulla praticabilità della negoziazione (e

---

occupazione più favorevoli ai lavoratori».

<sup>31</sup> Questa lettura dell'art. 3.7 è stata confermata dalla Corte nella sentenza 3.4.2008, *Rüffert*, causa C-346/06, punto 33 delle motivazioni, con la quale si è disatteso quanto affermato in proposito dall'A.G. Bot nelle sue conclusioni; in esse si legge infatti che l'art. 3.7 ammetterebbe la possibilità per lo Stato di prestazione del servizio di «migliorare, nelle materie indicate all'art. 3, n. 1 [...] il livello di protezione sociale» rispetto agli *standard* minimi di obbligatoria applicazione, sempre che tale «protezione rinforzata» avvenga «in conformità dei limiti consentiti dall'art. 49». Il contrasto tra le due opzioni interpretative è dunque netto ed implica una divergenza di fondo nella valutazione delle finalità perseguite dalla direttiva: definire gli standard minimi di tutela applicabili ai lavoratori distaccati per l'A.G. Bot (così punto 79 delle motivazioni), fissare gli standard massimi consentiti dall'ordinamento dell'Ue per i giudici di Lussemburgo.

<sup>32</sup> Punti 71 e 110 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20; la Corte richiama quanto affermato nella sentenza Cgce 23.11.1999, *Arblade*, causa C-396-376/04, Racc. 1999, I-8453, punto 43 delle motivazioni, in merito agli obblighi di natura retributiva «sufficientemente precisi e accessibili», riferendolo però all'ipotesi affatto diversa di obblighi imposti non dalla legge ma per via negoziale.

del conflitto) nel caso in cui con essa s'intenda imporre all'impresa straniera di servizi il rispetto dei minimi retributivi fissati dal contratto nazionale (minimi inesistenti nel settore edile svedese). L'incertezza deriva dall'ambiguità dell'argomentazione della Corte che effettua una duplice valutazione di legittimità dell'azione sindacale prima alla luce della direttiva 96/71 quindi in base al (solo) art. 49 TCe. Se i vincoli posti dalla direttiva portano ad escludere che sia legittimo imporre ad un'impresa straniera il rispetto del contratto collettivo con modalità diverse rispetto a quelle previste dal legislatore comunitario, i principi deducibili dall'art. 49 sembrano invece consentire (proprio in ragione del riconoscimento dello sciopero tra i principi generali del diritto comunitario) che con l'azione sindacale si possa indurre un'impresa straniera ad obbligarsi al rispetto dei livelli retributivi minimi nazionali, applicando quanto in merito prescrive per le imprese nazionali il contratto collettivo di categoria esistente. Nel primo caso la praticabilità del conflitto è sostanzialmente azzerata, visto che vincoli per le imprese straniere possono derivare solo dalla legge statale di recepimento della direttiva, nel secondo caso si configurerebbe uno spazio per l'azione collettiva, seppur residuale in quanto nei fatti limitato alle finalità strettamente economiche della stessa<sup>33</sup>.

I principi enunciati nella sentenza *Laval* hanno trovato conferma nella successiva sentenza *Rüffert* e dunque possono già considerarsi consolidati nella giurisprudenza comunitaria. Con questa nuova decisione la Corte ha censurato la normativa del Land tedesco della Bassa Sassonia che prescrive come condizione di aggiudicazione di un appalto pubblico per lavori edili l'obbligo di rispettare le tariffe salariali previste dai contratti collettivi applicabili nel luogo di esecuzione dello stesso. L'illegittimità della normativa deriva dal fatto che essa impone alle imprese straniere di applicare contratti collettivi di livello territoriale privi di efficacia *erga omnes*, secondo modalità diverse da quelle previste dall'art. 3.8 della direttiva 96/71<sup>34</sup>; un obbligo che non può fondarsi sull'art. 3.7,

---

<sup>33</sup> Basti pensare all'esempio italiano, dove *standard* minimi nelle materie di cui all'art. 3.1 della direttiva 96/71, diverse dalla retribuzione, sono fissati dalla legge; il che rende inevitabilmente «sproporzionata» l'azione sindacale tesa ad imporre il rispetto delle tutele «aggiuntive» previste dal contratto collettivo. Riguardo alle eventuali altre materie di «ordine pubblico» ex art. 3.10, la Corte esclude espressamente possano fondare un'azione sindacale, essendo la loro individuazione di necessaria pertinenza dei pubblici poteri (punto 84 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt.20).

<sup>34</sup> Punti 23-29 di Cgce 3.4.2008, cit. a nt. 31. L'argomentazione seguita dalla Corte pecca di un eccesso di formalismo che non tiene conto né della *ratio* delle norme in materia di appalti pubblici né della *ratio* sottesa alle disposizioni della direttiva 96/71 relative al contratto collettivo (*supra* nt. 25); la duplice modalità di estensione del contratto collettivo alle

riferendosi la norma esclusivamente alle condizioni più favorevoli eventualmente previste dalla normativa dello Stato d'origine<sup>35</sup>.

L'interpretazione «minimalista»<sup>36</sup> della direttiva 96/71 accomuna le sentenze *Laval* e *Rüffert*. Se nella prima essa serve a limitare gli spazi dell'autonomia collettiva, nella seconda permette di limitare il potere statale di fissare *standard* minimi di origine contrattuale a tutela dei lavoratori impiegati nell'ambito di appalti pubblici. Tali *standard* sono legittimamente imposti solo se vincolano le imprese anche in caso di appalti tra privati<sup>37</sup> e se derivano da contratti collettivi nazionali resi vincolanti con le modalità previste dall'art. 3.8 della direttiva. Ne esce radicalmente sconfessata la *ratio* sottesa alla normativa che, a partire dall'art. 36 dello Statuto dei lavoratori, attraverso la previsione di clausole sociali favorisce l'estensione per via «indiretta» dei contratti collettivi ed impedisce che l'aggiudicazione dei pubblici appalti dipenda dalla concorrenza giocata sul più basso costo del lavoro<sup>38</sup>.

La sentenza *Rüffert* sembra poi chiarire quanto implicitamente già

---

imprese straniere che la norma comunitaria individua è finalizzata ad evitare che queste siano vincolate da costi che non gravano su quelle nazionali: tale finalità è soddisfatta anche da normative che impongono come condizioni di aggiudicazione di un appalto il rispetto dei contratti collettivi, dal momento che a tale eguale condizione sono sottoposte sia le imprese straniere che quelle nazionali.

<sup>35</sup> *Ibidem*, punti 33-34 dove si richiama quanto affermato dalla Corte nei punti 80-81 della sentenza 18.12.2007, cit. a nt.20.

<sup>36</sup> Così Giubboni 2008 e Borelli 2008 che definisce la lettura della direttiva 96/71 da parte della Corte anche «monofocale» dal momento che ne identifica la finalità esclusivamente nella realizzazione della libera prestazione dei servizi (punto 36 di Cgce 3.4.2008, cit. a nt. 31). Ad ulteriore consolidamento dell'interpretazione "minimalista" della direttiva 96/71 è giunta, quando queste pagine erano in bozze, la sentenza Cgce 19.6.2008, *Commissione/Lussemburgo*, causa C-319/06, inedita.

<sup>37</sup> Per la Corte la normativa tedesca non può ritenersi funzionale a perseguire «esigenze imperative d'interesse generale» proprio perchè, oltre a riferirsi a contratti collettivi di livello locale, non riguarda i lavoratori impiegati in appalti tra privati (*Ibidem*, punto 40).

<sup>38</sup> La sentenza *Rüffert* sconfessa l'impostazione seguita dal Tar Bolzano, 19 aprile 2005, n. 140, MGL 2005, 658 con nota di Rondo (e confermata dal Consiglio di Stato, C. Stato, sez. IV, 1.3.2006, n. 928, inedita) per censurare la legge provinciale n. 6/2002 (e disapplicare il d.lgs. 72/2000) che imponeva anche alle imprese straniere l'obbligatoria iscrizione alla Cassa edile, come condizione di aggiudicazione di appalti pubblici. I giudici amministrativi negano la legittimità di un simile obbligo in considerazione del tipo di prestazioni erogate dalla Cassa, nel caso tali da garantire tutele «sostanzialmente omogenee» rispetto a quelle previste dalla normativa del paese di sede dell'impresa (l'Austria). In base alla sentenza *Rüffert*, il fatto stesso di pretendere il rispetto del contratto collettivo applicabile nel luogo di esecuzione dell'appalto è da considerarsi illegittimo per il diritto comunitario, fatto salvo il rispetto dei livelli minimi retributivi fissati dal contatto nazionale, in quanto vincolanti per tutte le imprese del settore di riferimento.

deducibile dalla sentenza *Laval*, ovvero che è esclusa la possibilità di imporre alle imprese straniere, vuoi per legge vuoi, *a fortiori*, attraverso l'azione sindacale, il rispetto di eventuali contratti territoriali, quando questi identificano livelli di tutela superiori ai minimi «nazionali», gli unici consentiti dalla direttiva. Ovviamente i contratti decentrati restano invece applicabili nel caso in cui introducano deroghe «peggiorative» ai contratti di livello superiore, anzi non può esserne preclusa l'applicazione alle imprese straniere per non creare discriminazioni tra queste e quelle nazionali.

#### **4. Azioni collettive transnazionali: possibili scenari di regolazione comunitaria**

Dalle sentenze *Viking* e *Laval* emerge una diversa considerazione degli spazi di legittimità del conflitto sindacale a seconda se l'ostacolo alla libertà di circolazione sia posto in essere dai lavoratori dello Stato d'origine o dello Stato ospitante. In termini «sindacali» si potrebbe dire, a seconda se lo sciopero sia «contrattuale» o di solidarietà, o meglio se sia realizzato o meno da lavoratori dipendenti dall'impresa che esercita la libertà economica del quale si contesta la lesione.

E' importante inquadrare le due fattispecie all'origine delle controversie per capire la soluzione sensibilmente diversa proposta dalla Corte riguardo alle stesse.

Solo nel caso *Viking* i sindacati agiscono nei confronti del datore di lavoro dei propri iscritti, i quali a loro volta difendono le proprie condizioni di lavoro ed i propri posti di lavoro. Titolari del diritto, sindacati e lavoratori coinvolti, effetti dell'azione, controparte, si collocano tutti sul territorio nazionale. L'impresa ed i lavoratori stranieri sono «potenziali» e sarebbero entrati in gioco solo dopo che la libertà «minacciata» dall'azione sindacale fosse stata esercitata. Nel caso *Laval* l'azione sindacale è condotta nei confronti di un datore di lavoro «straniero», attraverso blocchi, occupazione del cantiere e picchetti organizzati da sindacati ai quali nessun dipendente di tale datore è iscritto. Lo sciopero attuato dal sindacato degli elettrici per ostacolare l'esecuzione dell'appalto è dubbio possa perfino definirsi «di solidarietà», mancando l'azione «principale» che con esso si dovrebbe supportare<sup>39</sup>. In realtà gli elettrici «svedesi» scioperano in solidarietà degli edili «svedesi», il che significa che anche la loro azione sindacale si declina *in toto* nei termini di un conflitto tra lavoratori nazionali e impresa straniera.

La lettura congiunta delle sentenze in esame sembra suggerire che per

---

<sup>39</sup> In questo senso Dorsemont 2007, p. 260; cfr. anche Novitz 2006, p. 244 che conclude per la natura «primaria» dell'azione sindacale.

la Corte può essere legittimo scioperare per tutelare i propri interessi, anche se ciò incide su una libertà del TCe, mentre non lo è se il fine dello sciopero è la tutela di lavoratori dipendenti da un'impresa straniera. Una simile conclusione può sorprendere, visto che vi si giunge applicando i medesimi principi del mercato interno. Sia in *Viking* che in *Laval* presupposto delle decisioni è il riconoscimento dell'esistenza di un ostacolo all'esercizio di una libertà di mercato: di abbandonare il paese d'origine per stabilirsi in un altro nel primo caso<sup>40</sup>, di prestare servizi in un diverso Stato membro nel secondo. In entrambi i casi la legittimità dello sciopero è fatta dipendere dal giudizio in merito alla legittimità dell'obiettivo di «tutela dei lavoratori» posto a base dell'azione stessa. E d'altra parte un contratto collettivo, se è capace di intralciare la libertà di stabilimento o di prestazione di servizi, lo è indipendentemente da chi, attraverso il conflitto, ha indotto l'impresa a firmarlo.

La Corte non lo dice espressamente, ma la ragione di una simile diversità di «disciplina» tra le due ipotesi di sciopero si fonda sul fatto che l'azione degli svedesi è un'azione tesa a difendere il mercato del lavoro nazionale e l'effetto di tutela dei lavoratori stranieri è meramente indiretto, mentre non così è nel caso dello sciopero dei finlandesi<sup>41</sup>. Non ha bisogno di dirlo perchè trova nella direttiva 96/71 la legittimazione di tali conclusioni: è grazie ad essa che, come visto, la Corte può sostenere che le esigenze di tutela dei lavoratori «distaccati» sono già garantite da quanto prescrive il diritto comunitario e l'azione collettiva deve considerarsi sproporzionata.

La medesima attenzione a distinguere tra azioni sindacali in ragione degli attori coinvolti emerge da un inciso della sentenza *Laval* nel quale la Corte riconosce che è «fatta salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante, in particolare nell'ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto di lavoro eventualmente più favorevole»<sup>42</sup>; con ciò lasciando intendere che i limiti configurabili per l'azione collettiva dei sindacati svedesi non varrebbero a limitare quella

---

<sup>40</sup> Punto 69 Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2. La Corte sembra prospettare una piena equiparazione tra diritto di uscire dal proprio Stato e diritto di accedere in un altro, ai sensi dell'art. 43 TCe, con ciò smentendo quanto affermato nella sentenza 27.09.1988, *Daily Mail*, causa C-81/87, Racc. 1988, 5483 pur citata in *Viking*. Che la giurisprudenza sul punto sia tutt'altro che pacifica lo ricorda Barnard 2007, 331.

<sup>41</sup> In merito alla natura «protezionistica» dell'azione collettiva nel caso *Laval*, non rinvenibile nel caso *Viking*, cfr. diffusamente Reich 2008, spec. p. 149 e 160. Da ciò le osservazioni dell'A., adesive nei confronti della sentenza *Laval* e critiche verso l'apparentemente più «mite» sentenza *Viking*.

<sup>42</sup> Punto 81 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20.

eventuale dei lavoratori lettoni<sup>43</sup>. Sarebbe stato opportuno approfondire maggiormente quest'aspetto della vicenda, invero decisivo per il tema delle azioni transnazionali capaci di intralciare la libera circolazione nel mercato interno<sup>44</sup>. Affermando che il contratto collettivo, illegittimo se imposto dai sindacati svedesi, sarebbe stato legittimo se stipulato con i lavoratori e sindacati lettoni, la Corte intende dire che uno sciopero di questi ultimi godrebbe di piena immunità dalle regole del mercato? O, più probabilmente, che lo sciopero dei lettoni sarebbe legittimo se rispettoso dei principi elaborati in relazione all'azione sindacale oggetto della sentenza *Viking*, anch'essa come detto attuata contro il «proprio» datore di lavoro? Accogliendo questa seconda soluzione la Corte negherebbe la possibilità di utilizzare quanto disposto dalla direttiva 96/71 per contrastare un'azione sindacale dei lavoratori distaccati e ciò indipendentemente dalla legge che si ritenga applicabile all'azione medesima<sup>45</sup>.

Se ne ricava una peculiare configurazione della disciplina comunitaria delle azioni transnazionali attuate da lavoratori e sindacati di diversi Stati membri.

Nell'ambito di una prestazione di servizi si è detto che si configura una

---

<sup>43</sup> Lo stesso inciso è ripreso dalla Corte nel punto 34 della sentenza 3.4.2008, cit. a nt. 31; anche quest'inciso per la verità non è scevro da ambiguità, non essendo chiaro cosa la Corte intenda per impegno sottoscritto «volontariamente» da un datore di lavoro e restando dubbi sul fatto che tale sia considerato anche quello assunto sotto la minaccia o la pressione del conflitto.

<sup>44</sup> Sul tema delle azioni transnazionali sia consentito il rinvio a Giubboni, Orlandini 2005, 289 ss.

<sup>45</sup> Per la soluzione nel senso dell'applicabilità della normativa dello Stato ospitante in base all'art. 3.10 della direttiva 96/71 cfr. Nadalet 2008, p. 51; conclude invece senz'altro per l'applicazione della legge del paese d'origine Carabelli 2007, p. 124, alla luce delle regole della Convenzione di Roma. Il problema dell'individuazione della legge applicabile alle azioni collettive con elementi di internazionalità nel diritto internazionale privato è estremamente complesso e la sua soluzione è condizionata dalla natura della responsabilità cui sono esposti i soggetti che ne prendono parte; sul tema si rinvia alla seconda parte del volume curato da Dorssemont, Jaspers e van Hoek 2007, p. 245 ss. (in particolare, per un quadro comparato cfr. van Hoek 2007, p. 425 ss. e per il diritto italiano cfr. Venturi 2007, p. 311 ss.). Nel caso in cui l'azione dia origine a responsabilità extracontrattuale, il *Regolamento (Ce) n. 864 dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali* («Roma II») prevede debba applicarsi la legge del luogo dove questa «è destinata a svolgersi o si è svolta» (art. 9), fatto salvo il caso in cui presunto responsabile e parte lesa «risiedano abitualmente nello stesso paese nel momento in cui il danno si verifica» (art. 4.2). Un criterio che porta ad escludere di norma l'applicabilità della legge del paese ospitante ai lavoratori temporaneamente presenti in uno Stato diverso da quello del proprio datore.

diversa rilevanza (o giustificazione) per le azioni realizzate nei confronti del proprio datore di lavoro dai lavoratori distaccati, dal momento che a questi ultimi non si applicano i limiti derivanti dalla direttiva 96/71 ma la loro azione è esposta solo alle valutazioni di necessità e proporzionalità compiute dalla Corte nel caso *Viking*. Se le azioni dei lavoratori distaccati sono sottratte ai limiti configurati nella sentenza *Laval* per quelle dei lavoratori nazionali dello Stato dove il distacco è eseguito, si pone il problema del rapporto tra le due azioni collettive, dalla cui simultanea attuazione dipende la praticabilità dell'azione transnazionale. E' sostenibile che la legittimità della prima azione renda legittima anche la seconda?

In altri termini, se in *Laval* a scioperare fossero stati anche i lettoni, il giudizio della Corte sarebbe cambiato? Margini per rispondere affermativamente vi sono, dal momento che sarebbe cambiato il giudizio sul contratto collettivo che con l'azione s'intende imporre. Se è vero che il contratto firmato con i sindacati lettoni per migliorare il loro trattamento in caso di distacco è comunque «legittimo» (indipendentemente dai vincoli posti dalla direttiva 96/71), ne consegue che tale sarebbe da considerare anche l'eventuale azione posta in essere dagli svedesi, in questo caso rubricabile certamente come di solidarietà.

Una simile conclusione ha una sua coerenza sistematica perchè l'azione collettiva perderebbe la sua caratteristica di azione (soltanto) «protezionistica». Per altro la legittimità dell'azione sarebbe imposta anche dagli *standard* sovranazionali, cui la Corte dovrebbe riferirsi, in base ad i quali la legittimità della c.d. azione secondaria dipende da quella dell'azione primaria<sup>46</sup>.

In sintonia con tali scenari sembrano anche le conclusioni dell'A.G. Maduro al caso *Viking*, che affronta (al contrario di quanto fa la Corte) il problema dell'eventuale azione collettiva capace di intralciare (anche) la libertà di prestare servizi. Maduro ha il merito di entrare *in medias res* e tentare di suggerire dei criteri per risolvere il problema della praticabilità delle azioni transnazionali. Il suo ragionamento muove da un'affermazione di principio di estrema rilevanza, ovvero dal riconoscimento della loro legittimità nell'ordinamento comunitario, pur in assenza di alcuna base giuridica e nonostante il «vincolo negativo» posto

---

<sup>46</sup> In merito alla ancora debole tutela che agli scioperi di solidarietà è riconosciuta dalle fonti internazionali cfr., tra gli altri, Germanotta 2002. Nella più recente giurisprudenza dei comitati di esperti dell'OIL e della Carta Sociale Europea sembra cogliersi una tendenza ad un più ampio riconoscimento di questa forma di azione sindacale, in considerazione della funzione che essa svolge nel contesto dei grandi gruppi multinazionali (cfr. Jaspers 2007, 45).

dall' 137.5 TCe<sup>47</sup>. Il problema della legittimità di azioni sindacali transnazionali finalizzate a tutelare le condizioni di occupazione e di lavoro dei lavoratori in caso di trasferimento di sede dell'impresa viene affrontato alla luce del principio di non discriminazione. E' tale principio, architrave dell'intero sistema comunitario, a far dipendere la legittimità dell'azione dalla libera adesione alla stessa dei sindacati nazionali coinvolti ed a rendere illegittimo uno sciopero se «imposto» ad essi dal sindacato sovranazionale<sup>48</sup>. Un criterio distintivo che conferma quanto detto in merito alla diversità di disciplina del conflitto in ragione degli attori coinvolti: è legittimo scioperare a difesa dei propri interessi, mentre non lo è se la limitazione della libertà di circolazione è causata ad un'impresa da un'azione che non trovi il sostegno dei sindacati cui sono iscritti i dipendenti della stessa impresa. Una simile azione creerebbe una discriminatoria compartimentazione del mercato, ingiustificata e incompatibile con i principi del Trattato Ce.

Quella proposta da Maduro è una soluzione che non soddisfa necessariamente la parte sindacale e che, negando la configurabilità di «obblighi» dei sindacati nazionali rispetto alla struttura sovranazionale, non considera l'importanza della funzione di coordinamento che il livello «superiore» in un'organizzazione sindacale è chiamato a svolgere nei confronti delle articolazioni e dei livelli inferiori<sup>49</sup>. Ma è comunque meglio del «silenzio» della Corte. Ed è forse il massimo che si può chiedere ai giudici comunitari, se si accetta quello che appare il presupposto teorico sul quale entrambe le sentenze si fondano: la riconduzione delle azioni sindacali nell'ambito del mercato interno e l'opponibilità agli attori privati dei principi e delle regole che ne permettono il funzionamento.

---

<sup>47</sup> Cfr. Conclusioni dell'A.G. Maduro in causa C-438/05, punto 70: «Il riconoscimento del [...] diritto di agire collettivamente a livello europeo si limita [...] a trasporre a livello europeo la logica delle azioni collettive esercitate a livello nazionale». L'affermazione è tutt'altro che scontata, considerando che nelle Spiegazioni del Presidium relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (che, per espressa disposizione dell'art. 53 della Carta medesima e dell'art. 6.3 TUE «riformato» a Lisbona, di questa forniscono un'interpretazione «autentica») si sottolinea come «le modalità e i limiti per l'esercizio delle azioni collettive [...] sono disciplinate dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, come pure il problema di stabilire se possono essere condotte parallelamente in vari Stati membri».

<sup>48</sup> Conclusioni dell'A.G. Maduro in causa C-438/05, punto 71-71.

<sup>49</sup> L'impostazione di Maduro sembra in breve non contemplare la possibilità di un'evoluzione del sindacalismo europeo tale da trasformare CES e federazioni di settore in veri sindacati «sovranazionali», ovvero in qualcosa di più di un'unione di sindacati nazionali (sull'evoluzione degli attori sindacali europei si rinvia a Nunin 2001, 53 ss. ed ai contributi raccolti in Foster e Scott 2003).

## 5. L'azione collettiva come ostacolo all'esercizio delle libertà economiche: l'equiparazione tra fatti e regole

Davanti alle sentenze *Viking* e *Laval* è difficile sottrarsi all'istintiva reazione di arroccarsi a difesa delle tradizioni nazionali di diritto sindacale in nome della supposta intangibilità delle stesse da parte della pervasiva intrusività delle regole del mercato. E' una reazione comprensibile ma probabilmente destinata a rivelarsi sterile e votata all'insuccesso. Ai giudici di Lussemburgo non si può chiedere un atto di fede negli inviolabili principi lavoristici nazionali; si può chiedere però una coerente applicazione dei principi propri dell'ordinamento comunitario fondata su una argomentazione che non lasci zone d'ombra dietro di sé. Ecco allora che i casi in questione possono rappresentare un'eccezionale occasione per riflettere su profili sino ad oggi poco esplorati delle regole del mercato interno, cercando di fare luce sul loro concreto intrecciarsi con altri principi e regole che pur l'ordinamento comunitario accoglie e riconosce: primi tra tutti quei principi e quelle regole che legittimano l'esercizio dell'autonomia (collettiva ed individuale) dei soggetti privati operanti nel mercato.

Le sentenze *Viking* e *Laval* chiedono di confrontarsi con i principi regolatori sui quali si fonda il funzionamento del mercato interno. Dall'analisi di questi principi e dall'applicazione affatto inedita (e, per questo, tutt'altro che scontata) che ne dà la Corte nelle sentenze in esame è necessario partire per chiedersi se esista una loro possibile applicazione che possa condurre a risolvere in maniera diversa il problema del rapporto tra autonomia collettiva e libertà di mercato.

L'intento perseguito nelle pagine che seguono non è tanto o solo quello di criticare l'impostazione seguita dalla Corte e le risposte fornite ai casi concreti in ragione del contrasto che se ne ricava rispetto ai principi propri dei sistemi lavoristici e sindacali nazionali<sup>50</sup>, quanto quello di valutare se nelle sentenze in esame non si sia compiuto uno «strappo» rispetto alla precedente giurisprudenza sulle libertà economiche «fondamentali»; se non sia percepibile un sostanziale scarto rispetto alle consolidate regole poste a fondamento del mercato comunitario non adeguatamente e coerentemente giustificato dai giudici di Lussemburgo. Per far ciò è necessario prendere le mosse dal presupposto e fondamento dell'intero *iter* argomentativo della Corte, ovvero dal riconoscimento del fatto che le disposizioni del Trattato Ce in materia di libera circolazione

---

<sup>50</sup> In merito cfr. le ineccepibili osservazioni di Carabelli 2008, 156 ss. (alle quali si fa rinvio oltre nel corso della trattazione) relative al *vulnus* al principio «volontaristico» sul quale si è strutturato il diritto sindacale moderno.

obbligano i soggetti privati al pari delle autorità pubbliche, da cui la possibilità di invocarne il rispetto non solo nei confronti degli atti posti in essere da queste ultime ma anche nei rapporti interprivati. La questione della c.d. efficacia orizzontale diretta delle norme del Trattato sulle libertà economiche fondamentali è il nodo teorico più importante affrontato dalla Corte. Ed è un nodo teorico di non poco conto se solo si considera che le disposizioni della Costituzione degli Stati Uniti che riconoscono le libertà fondamentali sono prive di efficacia orizzontale diretta e valgono solo a fondare pretese dei cittadini nei confronti dello Stato e dell'autorità pubblica<sup>51</sup>.

Ciò considerando, non si può non restare delusi dal modo con cui la Corte affronta questo delicato passaggio<sup>52</sup>. L'argomentazione si presenta solo apparentemente come una lineare e coerente conseguenza dell'applicazione di consolidati principi giurisprudenziali. In entrambe le sentenze ci si appella alla nota giurisprudenza in materia di libertà di circolazione<sup>53</sup>, dalla quale si trae l'affermazione (invero pacifica) per la quale le norme del Trattato Ce conferiscono ai singoli diritti invocabili «direttamente» davanti ai giudici nazionali<sup>54</sup> ed impongono anche l'abolizione degli ostacoli «derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni o enti di natura non pubblicistica»<sup>55</sup>, quali sono indubbiamente «le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato»<sup>56</sup>.

E' facile osservare che, appellandosi alla previa giurisprudenza relativa alle «fonti» di regolazione privata, equiparabili alle fonti di natura pubblicistica, la Corte evita di affrontare quello che è il vero nodo teorico della questione, che si configura con caratteri di assoluta novità nei casi in esame: l'ostacolo è qui creato da un atto di soggetti privati, espressione della loro autonomia privata (nel caso di natura collettiva)<sup>57</sup>. Si tratta di rispondere alla domanda circa la configurabilità come

---

<sup>51</sup> Da ciò la necessità per chi voglia contestare i propri diritti costituzionali da parte di un soggetto privato di dimostrare l'esistenza di uno «stretto collegamento tra lo Stato e l'azione impugnata», ovvero che questa possa «essere ragionevolmente considerata riconducibile allo Stato» (cfr. *Jackson vs. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 351 (1974)).

<sup>52</sup> Come a ragione chiosa Lo Faro 2008, 91 «la essenzialità delle argomentazioni della Corte sfiora la reticenza».

<sup>53</sup> Cfr. tra le altre Cgce 3.12.1974, *van Binsberger*, C-33/74, Racc. 1974, 1299, p. 26; da ultimo Cgce 11.1.2007, *ITC*, C-208/05, ivi I-181, p. 67.

<sup>54</sup> Punto 97 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20.

<sup>55</sup> *Ibidem*, punto 98.

<sup>56</sup> Punto 58 di Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2.

<sup>57</sup> Di un «aggiramento» da parte della Corte parla Ballestrero 2008, 376.

«ostacolo» di azioni, comportamenti, fatti, non di norme e fonti di regolazione giuridica.

In merito la Corte sembra adottare una prospettiva (in linea con quella che emerge dalle conclusioni dell'A.G. Mengozzi al caso *Laval*) per la quale l'atto di natura «privata» (nel caso l'azione sindacale) diventa un ostacolo alla libera circolazione nel momento in cui è finalizzato a dar vita ad una norma, anch'essa di natura privata, che intralcia il mercato. E' l'obiettivo del comportamento dei privati a determinarne l'attrazione nelle regole del mercato interno<sup>58</sup>. Se il contenuto di una norma crea ostacoli nel mercato interno, anche l'azione che mira ad imporne il rispetto deve conseguentemente considerarsi un ostacolo. Una simile conclusione può apparire «prudente» nella misura in cui limita la rilevanza dell'efficacia orizzontale delle norme del Trattato al peculiare caso di specie<sup>59</sup>. Meno prudente appare se si considera che è proprio attraverso la censurabilità del «fine» dell'azione privata che si incide in maniera rilevante sull'autonomia collettiva dei sindacati e dei soggetti privati in generale.

Sarebbe preferibile seguire un'argomentazione più articolata che in primo luogo partisse da una diversa (e, ad opinione di chi scrive, più corretta) impostazione del problema della c.d. efficacia orizzontale delle disposizioni del Trattato. Come suggerito dall'A.G. Maduro nelle conclusioni al caso *Viking*, per affrontare la questione dell'opponibilità delle disposizioni sulle libertà economiche alle azioni dei privati è necessario porsi due domande distinte<sup>60</sup>: la prima attiene all'efficacia orizzontale in senso stretto, cioè all'utilizzo delle norme del Trattato nei rapporti inter-privati; la seconda riguarda il tipo di azioni private qualificabili come «ostacoli» ai sensi delle medesime norme.

A ben vedere la possibilità di sindacare un'azione collettiva alla luce delle regole del mercato interno deriva dalla risposta che viene data alla seconda di tali domande e non alla prima. E' quanto implicitamente riconosce lo stesso Maduro, nel momento in cui, con un'argomentazione indubbiamente raffinata, afferma la sostanziale equivalenza tra efficacia orizzontale ed efficacia verticale sul piano degli effetti prodotti da un

---

<sup>58</sup> Punto 99 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20. La possibilità di invocare l'art. 43 TCe «direttamente» da un soggetto privato (l'impresa) nei confronti di un altro soggetto privato (il sindacato) al punto 60 della sentenza Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2 è espressamente dedotto dal fatto che «le azioni collettive intraprese dalla *FSU* e dalla *ITF* hanno come obiettivo la sottoscrizione di un accordo che deve disciplinare collettivamente il lavoro dei dipendenti della *Viking*».

<sup>59</sup> Così Lo Faro 2008, 24

<sup>60</sup> In senso analogo cfr. Baquero Cruz 1999, 604-606, che non a caso lo stesso Maduro richiama in nt. 34.

ostacolo al funzionamento del mercato interno<sup>61</sup>. E' attraverso la configurazione di un «ostacolo» che si può considerare integrata la fattispecie delineata dagli articoli 43 e 49 TCe. Il problema dell'efficacia orizzontale della disposizione si pone in un secondo momento: una volta riconosciuta l'esistenza di una lesione della libertà «fondamentale» di mercato, si tratta di stabilire se di essa debba rispondere lo Stato, nella misura in cui non ha fatto quanto in suo potere per evitarla<sup>62</sup>, o «direttamente» i soggetti che l'hanno realizzata.

Non si vuole con ciò sottovalutare i diversi effetti che, per i soggetti «privati» interessati, conseguono nei due casi di responsabilità statale indiretta e responsabilità «privata» diretta, visto che solo dal secondo deriva l'immediata configurabilità di un'azione per danni nei confronti di chi è reputato responsabile della violazione della norma comunitaria<sup>63</sup>. Ed è anche sostenibile che nel primo caso sia comunque più garantita l'autonomia collettiva, dal momento che il giudizio circa l'eventuale «giustificazione» all'ostacolo verte sulle modalità di esercizio dei poteri statali e non «direttamente» sui comportamenti dei privati<sup>64</sup>. E' innegabile però che in entrambi i casi si pone il problema di operare una valutazione di bilanciamento tra libertà di mercato e spazi di autonomia dei privati ed è per tale ragione che la questione dirimente, dalla quale dipende la possibilità o meno di attrarre l'azione sindacale nell'ambito del mercato interno, attiene alla configurabilità della stessa come un «ostacolo» ai sensi degli artt. 43 e 49, mentre il problema dell'«efficacia orizzontale» in senso stretto riguarda piuttosto il grado di «comprimibilità» di essa e gli strumenti «giudiziari» a disposizione per contrastarla.

Ciò induce a riprendere l'analisi proposta da Maduro nelle sue conclusioni, tenendo presente che il problema della configurazione di un ostacolo alla libera circolazione prodotto da atti di privati è già stato affrontato dalla Corte nelle sentenze *Commissione c. Francia* del 1997 e

---

<sup>61</sup> Conclusioni dell'A.G. Maduro in causa C-438/05, punto 39.

<sup>62</sup> Che lo Stato possa essere considerato responsabile per gli ostacoli creati da soggetti privati è ormai pacifico per la Corte di giustizia (cfr. Cgce 9.12.1997, *Commissione c. Francia*, C-265/95, Racc.1997, I-6959 e Cgce 12.6.2003, *Schmidberger*, C-112/00, Racc., 2003, I-5659).

<sup>63</sup> Sulla tutela risarcitoria conseguente al riconoscimento della «responsabilità orizzontale» nel diritto comunitario cfr. ampiamente Reich 2007, 705 ss.; sulla difficoltà a configurare una tutela risarcitoria per i soggetti danneggiati nel caso sia riconosciuta la responsabilità indiretta dello Stato cfr. Snell 2002, 156 ss.

<sup>64</sup> In tal senso cfr. Oliver-Roth 2004, 427 e Barnard 2007, 70, a commento della sentenza *Schmidberger*.

*Schmidberger* del 2003<sup>65</sup>, seppur al fine di valutare la responsabilità «omissiva» dello Stato ai sensi dell'art. 28 e 10 del Trattato Ce. In tali sentenze la Corte per la verità non si preoccupa di elaborare un criterio discrezionale capace di distinguere gli «ostacoli» alla libera circolazione dagli atti irrilevanti in quanto incapaci di produrre effettivi intralci al funzionamento del mercato interno, ma prende semplicemente atto che blocchi stradali, tanto più se associati a vere e proprie azioni di sabotaggio e di distruzione dei prodotti importati, sono idonei ad ostacolare l'esercizio della libertà di circolazione (nel caso delle merci)<sup>66</sup>. Maduro entra invece nel merito del problema e propone l'adozione di un criterio generale fondato sull' «efficacia» dell'azione posta in essere. Si profila in tal modo un test *de minimis*, inevitabile sbocco dell'attrazione degli atti privati nell'ambito delle regole del mercato interno. In base ad esso «le disposizioni sulla libera circolazione si applicano alle azioni di soggetti privati che, per i loro effetti generali sui titolari dei diritti alla libera circolazione, sono in grado di ostacolare il loro esercizio di tali diritti, creando un ostacolo che essi non possono facilmente aggirare»<sup>67</sup>.

Il criterio proposto da Maduro non solo mantiene un elevato grado di incertezza giuridica<sup>68</sup>, ma permette di associare in una medesima logica «regolativa» le azioni attuate dai privati (i fatti) e le regole (le norme) eventualmente adottate dagli stessi attraverso le loro organizzazioni. Questo è il profilo che meno convince dell'argomentazione dell'Avvocato generale, dal momento che, proprio sul piano degli «effetti» prodotti sul mercato tra le due ipotesi c'è una scarto logico di carattere sostanziale non colmabile<sup>69</sup>. E ciò, a parere di chi scrive, risulta con evidenza proprio

---

<sup>65</sup> *Supra* nt. 62.

<sup>66</sup> Indicazioni significative a riguardo non si ricavano neppure dal c.d. regolamento Monti (*Regolamento (Ce) n. 2679/98 del Consiglio del 7 dicembre 1998 sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri*) che, sulla scia della sentenza Cgce 9.12.1997, cit. a nt. 62, impone allo Stato sul cui territorio si verificano gli ostacoli di intervenire per rimuoverli e di informare la Commissione e gli eventuali Stati interessati circa le misure intraprese. La definizione di «ostacolo» fornita dall'art. 1 del regolamento si fonda sulla «gravità» degli effetti prodotti, ma resta indubbiamente vaga e per certi aspetti, tautologica: è ostacolo un fatto 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».

<sup>67</sup> Cfr. Conclusioni A.G. Maduro in causa C-438/05, punto 48.

<sup>68</sup> *Lo Faro* 2008, 25.

<sup>69</sup> *Lo Faro* 2008, 22; in merito sia consentito il rinvio anche a Orlandini 1999a, 631 con riferimento alla giurisprudenza sulla responsabilità statale indiretta.

in relazione ai casi delle azioni collettive oggetto delle sentenze *Viking* e *Laval*.

Il criterio *de minimis* viene dedotto da Maduro da sentenze nelle quali l'ostacolo alla libera circolazione è posto da regolamenti di organismi privati «effettivamente vincolanti per chiunque intende svolgere determinate attività»<sup>70</sup>. L'applicazione di tale criterio diviene già più incerta in ipotesi di intralci alla circolazione come quelle all'origine delle sentenze *Commissione/Francia* e *Schmidberger*, nelle quali si tratta di valutare effetti prodotti da ostacoli alla libera circolazione non «giuridici» ma «materiali», verificatisi nei confronti di una pluralità di soggetti coinvolti in una specifica azione. In questo caso l'incidenza sul funzionamento del mercato può farsi derivare, a prezzo di qualche forzatura, dall'ampiezza dell'azione ovvero dal fatto che essa incide sull'esercizio della libertà di mercato di un numero significativo di soggetti. Ma una situazione ancora diversa si configura in *Viking* e *Laval*, dove è in discussione la libertà di circolazione di un solo soggetto: l'impresa nei confronti della quale l'azione sindacale è realizzata. Si tratta in questo caso di considerare gli effetti prodotti sul funzionamento del mercato di un atto o fatto riguardante un singolo operatore economico<sup>71</sup>.

Sul piano degli effetti prodotti negli scambi intracomunitari non convince l'equiparazione tra regole (anche di natura privata) e fatti, quali sono i comportamenti posti in essere da una pluralità di soggetti, giusta la capacità solo delle prime di dar luogo ad «ostacoli» potenzialmente idonei ad incidere su una quantità indefinita di soggetti (tutti quelli che rientrano nella fattispecie delineata dalla regola giuridica). La differenza tra un ostacolo causato da un fatto e un ostacolo prodotto da una norma è sostanziale e qualitativa, non meramente quantitativa, come sembra sostenere Maduro. Se ciò è vero in relazione ad azioni capaci di incidere

---

<sup>70</sup> Cfr. Conclusioni A.G. Maduro in causa C-438/05, punto 45.

<sup>71</sup> Un discorso a parte merita la sentenza Cgce 6.6.2000, *Angonese*, C-281/98, Racc. 2000, I-4139, nella quale come noto la Corte afferma che nel selezionare il personale anche un datore privato (nel caso, una banca) debba rispettare il principio di non discriminazione di cui all'art. 39 TCe. Il caso in realtà riguardava un'ipotesi di applicazione di un atto di autoregolamentazione (il bando di selezione della banca) e non un mero atto di un soggetto privato. Comunque, che la libertà di circolazione dei lavoratori vincoli anche i soggetti privati è pacifico, traducendosi questa in primo luogo nel divieto di discriminazione nel rapporto di lavoro; la «novità» in *Angonese* consiste nel riconoscere che tale divieto vincola i privati anche nella fase dell'accesso al lavoro. Ciò per altro conferma la peculiarità della libertà in questione, l'unica, tra le libertà «economiche» del Trattato, la cui titolarità spetta ad un soggetto (il lavoratore) cui è riconosciuta una condizione di debolezza socio-economica sia nel mercato che nei rapporti contrattuali (come riconosce l'A.G. Maduro nelle sue conclusioni, punto 47).

su una pluralità di soggetti titolari delle libertà di mercato, tanto più lo è quando l'azione è rivolta nei confronti di un solo soggetto<sup>72</sup>.

### **5.1. Regole privatistiche, autonomia collettiva e libertà economiche**

La Corte di giustizia in entrambe le sentenze non affronta il problema dell'impatto sul mercato prodotto da atti di privati perché, come visto, muove da una considerazione che sembra rendere tale problema superfluo: il giudizio sulla rilevanza degli atti privati cambia se questi sono strumentali all'adozione di «regole» private. Spostando il fulcro del ragionamento dai «fatti» alle «regole» la Corte omette però di considerare che esistono diverse tipologie di regole originate da organismi privati. Il problema è stabilire quale potere regolativo delle organizzazioni è esercitato dall'organismo privato nel caso in questione, perché non tutte le «regole private» hanno la stessa natura ed incidono in egual maniera sul funzionamento del mercato.

Un'organizzazione privata può porre in essere atti di autoregolamentazione che valgono a vincolare i suoi iscritti o impegnarsi in attività negoziali con altri soggetti privati (individui o organizzazioni). Il primo tipo di «regole privatistiche» è stato oggetto dell'attenzione della Corte in diversi casi (che vengono richiamati nelle sentenze in esame) per la loro capacità di limitare o impedire la mobilità transfrontaliera di lavoratori o di prestatori di servizio di uno Stato membro<sup>73</sup>. Il «limite» deriva dal fatto che il rispetto della regola privatistica frutto del potere di autoregolamentazione del gruppo si impone al soggetto titolare della libertà di mercato al pari di una fonte di natura pubblica. In altre parole, il rispetto della norma non dipende in alcun modo dalla manifestazione della sua «volontà» di attore privato, ma si pone come condizione

---

<sup>72</sup> Non condividono evidentemente simili conclusioni quanti ritengono che quella realizzata dal Bygnadds costituirebbe «*the strongest form of restriction*» e che «*the restriction forced upon Laval by the action of Bygnadds is to some extent similar to the re-incorporation requirement imposed by German law on foreign companies*» (Reich 2008, p. 134); il riferimento è alla sentenza Cgce 5.11.2002, *Überseering*, causa C-208/00, Racc. 2002, I-9919 relativa però ad un'ipotesi di «ostacolo» affatto diversa, in quanto, appunto, «imposto» da una norma di legge a qualsiasi impresa intendesse accedere al mercato tedesco.

<sup>73</sup> Cgce 12.12.1974, *Walrave e Koch*, causa C-36/74, Racc.1974, 1405; Cgce 14.7.1976, *Donà*, causa C-13/76, ivi, 1976, 1333; Cgce 15.12.1995, *Bosman*, causa C-415/93, ivi, 1995, I-4921; Cgce 11.4.2000, *Deliège*, causa C-51/96 e C-191/97, ivi, I-2549; Cgce 6.6.2000, *Angonese*, causa C-281/98, ivi, I-4139; Cgce 13.4.2000, *Lehtonen*, causa C-176/96, ivi, 2000, I-2681; Cgce 19.2.2002, *Wouters*, causa C-309/99, ivi, 2002, I-1577; Cgce 18.7.2006, *Meca-Medina*, causa C-519/04, ivi, 2006, I-6991.

necessaria per svolgere una determinata attività (nei casi oggetto della giurisprudenza della Corte, professionale o sportiva).

La stessa situazione si riproduce in ipotesi di fonti convenzionali (quali i contratti collettivi) frutto di negoziazione tra organizzazioni private, quando queste assumono un'efficacia tale da obbligare anche soggetti «terzi» rispetto a chi si è contrattualmente vincolato. In questo caso la Corte ha correttamente riconosciuto un'identità tra regola privata e norma «pubblica» sul piano degli effetti nella sfera giuridica del titolare della libertà economica, dal momento che tali effetti si producono indipendentemente dalla volontà di questi di accettare o meno la «regola» posta dalle organizzazioni private, alle quali per altro non appartiene<sup>74</sup>. Il mercato è ostacolato chiaramente nel suo funzionamento perchè gli attori che vi si muovono non sono liberi di esercitare la loro autonomia privata, ma sono tenuti a rispettare regole che (seppur determinate da soggetti privati) ad essi si impongono al pari di fonti «eteronome», in quanto appunto non «volontariamente» accettate. La qualificazione dei prodotti dell'autonomia negoziale come «ostacoli» deriva in questo caso dal fatto che l'organizzazione privata opera nei confronti di un soggetto «terzo» (qual'è chi non ha preso parte alla negoziazione o non fa parte dell'organizzazione negoziatrice) come «autorità privata» e non come attore di mercato.

Situazione del tutto diversa è quella nella quale la regola privatistica è definita dalle stesse parti alle quali si applica. Nessuna «limitazione» della libertà economica è configurabile perchè il titolare di questa ne dispone nel contesto di una libera contrattazione e la regola che eventualmente crea un ostacolo all'esercizio della sua libertà è da questi definita ed accettata attraverso un contratto. Equiparare, come fa la Corte nelle sentenze *Viking* e *Laval*, la condizione di chi «subisce» le regole definite da altri a quella di chi quelle regole pone in essere è un'evidente forzatura sotto il profilo dei principi del mercato interno, prima ancora che dei principi sui quali si fonda l'autonomia collettiva degli attori sindacali<sup>75</sup>.

Né inficia tale conclusione il fatto che l'azione sindacale nel caso *Laval* sia stata attuata da organizzazioni alle quali i lavoratori destinatari del

---

<sup>74</sup> E' il caso dell' accordo collettivo oggetto della sentenza Cgce 21.9.1999, *Albany*, causa C-67/96, Racc. 1999, I-5751, richiamato espressamente nei punti 49-53 della sentenza Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2 per escludere l'analogia tra regole della concorrenza e regole poste a tutela delle libertà economiche fondamentali.

<sup>75</sup> In merito cfr. le puntuali critiche di Carabelli 2008, 161 il quale richiama l' «elementare e generale principio *pacta sunt servanda*» per sottolineare l'infondatezza dell'equiparazione tra accordi «eteroimposti» e accordi «volontariamente sottoscritti» dai datori, ed ai quali questi abbiano «spontaneamente aderito». In merito cfr. anche Borelli 2008, 135.

contratto non erano iscritti<sup>76</sup>. Ciò potrebbe indurre a considerare che il contratto collettivo «riacquisti» la natura di fonte «privata» capace di imporsi ad un soggetto «autoritativamente», senza che questi abbia espresso il proprio consenso ad esserne regolato. Ma l'argomento vale per i lavoratori, o al più anche per i sindacati del paese d'origine<sup>77</sup>, qualora questi volessero contestare il contratto loro applicato in conseguenza dell'«altrui» azione collettiva. Non vale invece per l'impresa, visto che né la sua autonomia individuale né la sua libertà economica sarebbero state diversamente limitate se lo sciopero fosse stato attuato dai propri dipendenti, né se il contratto fosse stato siglato con i sindacati di appartenenza di questi. Per l'impresa il contratto collettivo si configura come un atto di disposizione, espressione ed esercizio della propria autonomia negoziale, sia che venga stipulato con sindacati del paese d'origine che con quelli del paese ospitante.

Il contratto che scaturisce da una trattativa tra un'impresa straniera e dei sindacati nazionali non è riconducibile agli accordi tra imprese che limitano la concorrenza o a contratti collettivi che ostacolano l'accesso al mercato nazionale, perchè in questo caso il soggetto la cui libertà economica e di mercato è limitata è parte dello stesso accordo. Dichiarare l'illegittimità di quest'ultimo in ragione del fatto che con esso si «limita» una libertà di mercato equivale a sostenere che detta libertà non può subire restrizioni neppure per effetto di un atto di volontaria disposizione del titolare. La norma del Trattato Ce non avrebbe soltanto un'efficacia diretta-orizzontale, ma acquisterebbe valore di «norma imperativa» di carattere inderogabile e tale da configurare diritti «indisponibili». Solo le norme inderogabili si impongono alle parti di un contratto, facendo venir meno l'efficacia delle clausole contrattuali che le contravvengono, come ben fanno gli studiosi di diritto del lavoro. E' la norma lavoristica a configurarsi tipicamente in tale modo, al pari di altre norme tese a tutelare la parte debole di un contratto.

Se la conseguenza dell'impostazione seguita dalla Corte di giustizia nei casi *Viking* e *Laval* fosse di riconoscere alle norme a tutela della libertà d'impresa carattere d'inderogabilità, con ciò davvero si compirebbe una rivoluzione copernicana nella lettura del rapporto tra libertà economiche e diritti dei lavoratori. Se ne dovrebbe dedurre che nelle dinamiche

---

<sup>76</sup> I lavoratori dipendenti della *Laval* erano in massima parte (65%) iscritti ad il sindacato estone firmatario del contratto collettivo del quale si chiedeva la «disapplicazione».

<sup>77</sup> E' quanto suggerisce Maduro nelle sue Conclusioni in causa C-438/05, punto 71 quando afferma che il criterio da seguire per valutare la legittimità di uno sciopero transnazionale è quello del carattere più o meno spontaneo dell'adesione del sindacato nazionale chiamato dall'organizzazione sovranazionale ad aderire all'azione (v. *supra* nt. 48).

sindacali è l'impresa a doversi considerare la parte debole nel rapporto con la controparte, in quanto tale da tutelare nei confronti dei propri stessi atti di disposizione.

Che non sia questa la prospettiva ricavabile dalle regole del mercato interno lo conferma il fatto che la sanzione di nullità degli atti di disposizione privata contrastanti con le libertà di circolazione è espressamente prevista solo a tutela dei lavoratori (art. 7.4 del Regolamento 1612/68), proprio in considerazione della loro debolezza contrattuale. E su questo piano si coglie la irriducibilità della libertà di circolazione dei lavoratori subordinati rispetto alle altre libertà economiche riconosciute dal Trattato Ce<sup>78</sup>.

## **5.2. Il pregiudizio ideologico della Corte nei confronti del conflitto sindacale**

La Corte si guarda bene dall'affermare esplicitamente il carattere indisponibile delle libertà di mercato delle quali sono titolari le imprese. Ciò che invece sembra sostenere è che l'accordo collettivo non è valido perchè firmato sotto la minaccia di uno sciopero. Se questo è vero, è l'azione collettiva ad «inficiare» la volontà dell'impresa firmataria dell'accordo ed a renderla non più «libera». Una simile affermazione sottintende un ulteriore vizio argomentativo, o per meglio dire, una pregiudiziale «ideologica» nei confronti del conflitto sindacale<sup>79</sup>.

Qualsiasi attività di negoziazione comporta «atti» delle parti tesi a indurre la controparte ad accettare determinate condizioni di contratto. Tali atti, quando gli attori coinvolti hanno natura «collettiva», sono configurabili come «conflitti» e, quando gli attori sono «sindacali», prendono forma di azioni collettive implicanti anche l'attuazione dello sciopero. In ciò si sostanzia l'esercizio dell'autonomia collettiva come legittima espressione del potere privato di soggetti (collettivi, appunto) che operano nell'ambito delle dinamiche di mercato. Simili considerazioni possono apparire ovvie, ma non sono superflue, visto che da esse sembra prescindere la Corte di Giustizia. Delle due infatti l'una: o la Corte considera l'illegittimità dello sciopero derivante dal contenuto «illegittimo» del contratto ed allora qualsiasi «contratto» con egual contenuto deve ritenersi tale, anche se stipulato senza la «pressione» dello sciopero; ma da ciò se ne ricava l'appena evocata configurazione di

---

<sup>78</sup> Non sembrano cogliere questo profilo quanti (nella dottrina italiana, Di Filippo 2005, 199) equiparano pienamente le diverse libertà «economiche» anche in relazione al significato della loro «efficacia diretta orizzontale», dalla quale deriverebbe la nullità delle clausole contrattuali che le limitano.

<sup>79</sup> Di «apriorismo ideologico» parla anche Carabelli 2008, 163.

una libertà economia come indisponibile, con conseguenti limiti di carattere generale per l'autonomia privata. Oppure illegittimo è il mezzo funzionale ad indurre il datore a firmare il contratto, vale a dire che lo sciopero nel caso di specie non si configurerebbe come legittimo strumento di pressione collettiva, atto a riequilibrare poteri diseguali quali sono quelli dei lavoratori e del datore nell'ambito di una vertenza di lavoro.

L'invalidità di un accordo collettivo che limiti l'esercizio dei poteri e delle libertà imprenditoriali deriva dall'illegittimità delle azioni collettive realizzate per indurre il datore a stipularlo e non viceversa. Se lo sciopero è legittimo, legittimo è il contenuto del contratto con esso conseguito (qualsiasi esso sia, almeno che, ancora una volta, non leda diritti che non sono nella disponibilità di chi contratta), in quanto per definizione valida e «libera» è la volontà espressa dal datore nell'atto di firmarlo. Se la Corte giunge a diverse conclusioni è perchè muove dal «presupposto» dell'illegittimità dello sciopero, paragonabile perciò ad una «violenza» capace di coartare la volontà del datore e di rendere non genuino il consenso espresso con la stipula del contratto.

L'illegittimità dello sciopero nei casi in esame è un *prius* logico rispetto alla illegittimità del contratto collettivo, o, per riprendere la distinzione sopra richiamata, l'illegittimità del «fatto» è il presupposto per giudicare illegittima la «norma». Se ciò è vero, non si vede su cosa i giudici comunitari fondino la presunzione di illegittimità dell'azione sindacale, visto che tale illegittimità non può che derivare dal diritto nazionale, mancando qualsiasi regolazione in materia da parte di quello comunitario. Solo se lo sciopero è attuato in forme non ammesse nello Stato la cui legislazione si applica al caso di specie si può sostenere l'illegittimità dell'accordo che ne scaturisce, perchè solo in tal caso è possibile affermare che il consenso manifestato dal datore non è espressione della sua autonomia di privato attore di mercato.

La Corte avrebbe potuto cercare di dimostrare (sulla scia di *Schmidberger*) l'illegittimità degli scioperi nei casi *Viking* e *Laval* in ragione dei loro profili «strutturali»<sup>80</sup> e degli effetti «direttamente» causati al datore o a terzi dall'azione sindacale: nel caso *Laval* la risoluzione dell'appalto ed il successivo fallimento dell'impresa<sup>81</sup>; nel caso *Viking* la

---

<sup>80</sup> In tal senso ancora Carabelli 2008; 147; analogamente Ballestrero 2008, 376 che richiama la differenza sostanziale tra «azione» e «contrattazione», evidentemente ignorata dalla Corte.

<sup>81</sup> Non c'è bisogno di sostenere (alla luce dell'art. 120 Cost. riscritto nel 2001) l'assunzione della libertà economica di circolazione tra i valori di rango costituzionale (così Caruso 2008, 33) per concludere che anche nell'ordinamento italiano le azioni sindacali poste in essere nei confronti della *Laval* avrebbero potuto essere fondatamente contestate: il blocco di un

sospensione dell'attività di erogazione di servizi e gli effetti (anche potenziali) del boicottaggio<sup>82</sup>, il blocco del porto e l'eventuale violazione della libertà di circolazione delle merci e financo dei lavoratori impediti ad utilizzare la rotta battuta dalla nave Rosella. Non l'ha fatto, probabilmente conscia della difficoltà di giustificare una simile argomentazione sulla base di un test *de minimis* e nella convinzione che ancor più lesivi delle libertà di mercato fossero gli ostacoli prodotti dal contratto cui le azioni erano finalizzate. Con ciò non avvedendosi che in tal modo veniva compiuto uno «strappo» di non poco conto rispetto alle stesse regole del mercato interno. Un simile strappo non può giustificarsi con un richiamo ai limiti che in tutti gli ordinamenti conosce il diritto di sciopero, perchè con esso si contraddicono i principi che in questi regolano l'esercizio dell'autonomia individuale e collettiva e sui quali, in ultima analisi, si fonda un «mercato aperto e in libera concorrenza».

## **6. In merito alla pretesa efficacia orizzontale diretta della direttiva 96/71**

La Corte nella sentenza *Laval* non si sofferma su un'ulteriore questione che appare dirimente per la soluzione del caso in oggetto, attinente alla possibilità di utilizzare le disposizioni della direttiva 96/71 per valutare la legittimità di un'azione collettiva. Il problema dell'invocabilità della direttiva nel caso di specie merita invece un approfondimento perchè chiama in causa, ancora una volta, la questione di carattere generale relativa all'efficacia «orizzontale» delle fonti comunitarie, stavolta di carattere derivato.

Nel suo complesso *iter* argomentativo la Corte procede affrontando due questioni diverse, la prima relativa ai limiti posti dall'art. 49 TCe e

---

cantiere (al pari di tutte le forme di azione sindacale non comportanti una mera astensione dal lavoro) non è riconducibile all'esercizio del diritto di sciopero ed espone perciò chi lo realizza a responsabilità civile e (se attuato con «violenza») anche penale; uno sciopero che, come quello attuato dagli elettrici svedesi, provochi il fallimento di un'impresa lede la «produttività» della stessa e può essere considerato illegittimo (secondo i noti principi elaborati dalla Cassazione nella sentenza n. 711/80). Anche il Comitato europeo dei diritti sociali, deputato a valutare la corretta applicazione della Carta Sociale Europea (rivisitata) del '96, ammette che gli interessi del datore possano legittimare una compressione del diritto di sciopero nel caso in cui sia a rischio l'esistenza stessa dell'azienda (Conclusions XV-1 Add.2, p.27 (Germania)).

<sup>82</sup> Sui limiti di legittimità delle azioni di boicottaggio nei diversi ordinamenti europei cfr. la relazione di sintesi di F. Dorssemont 2007, p. 264-267, dalla quale emergono divergenze circa la nozione stessa di «boicottaggio» illegittimo (in alcuni casi la sua attuazione integra fattispecie riconducibili allo sciopero di solidarietà o allo sciopero delle mansioni); comunque esso è sempre posto in essere nei confronti di un soggetto terzo rispetto al datore di lavoro.

dalla direttiva 96/71 al potere regolativo degli stati, la seconda relativa al problema dell'efficacia orizzontale del solo art. 49. A ben vedere però l'intera argomentazione si basa sull'applicabilità della direttiva 96/71 ai fatti di causa, cioè all'operato dei sindacati svedesi. Tanto che ci si potrebbe legittimamente chiedere se la decisione della causa *de qua* non potesse considerarsi esaurita con la soluzione della prima questione, visto che da essa la Corte ricava già l'illegittimità dell'azione sindacale posta in essere dai sindacati svedesi<sup>83</sup>. La direttiva è poi utilizzata dalla Corte anche per giustificare la censura basata sul solo art. 49, che si fonda sull'assunto in base al quale in essa va colta la corretta identificazione dell'«interesse generale» al cui perseguimento gli Stati possono sacrificare la libertà di prestazione di servizi<sup>84</sup>.

In breve, la questione dell'«efficacia orizzontale diretta» della direttiva (ovvero della sua vincolatività giuridica nei confronti di soggetti privati) sembra tutt'altro che irrilevante per la decisione del caso *Laval*, pur non essendo espressamente affrontata dalla Corte<sup>85</sup>. Eppure dovrebbe essere pacifico che la direttiva si rivolge agli Stati, non agli attori collettivi. Ciò non significa che da essa non possano derivare diritti azionabili dai soggetti privati: un datore, in una controversia con i propri dipendenti, potrebbe fondare sulla direttiva la pretesa di non applicare una norma o una clausola contrattuale imposta da una legge statale, in presenza di un omesso o erroneo recepimento da parte dello Stato<sup>86</sup>. Ma nel caso di specie non si tratta di accertare l'esistenza di disposizioni della direttiva «chiare, precise e incondizionate»<sup>87</sup> non implementate o attuate non

---

<sup>83</sup> Così espressamente ai punti 70-71, 80-81 e 84 della sentenza Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20. Corti 2008, 274 giustifica parzialmente l'argomentazione della Corte suggerendo che, in relazione ai minimi retributivi, la direttiva 96/71 non riconoscerebbe il diritto ai sindacati di promuovere l'azione collettiva, ma neppure impedisce loro di farlo; da ciò la necessità dell'ulteriore vaglio sub art.49 TCE.

<sup>84</sup> *Ibidem*, punto 108.

<sup>85</sup> Il problema è invece affrontato dall'A.G. Mengozzi, Conclusioni, *Laval*, causa C-341/05, punti 139-140, e risolto considerando in primo luogo che «il giudice di rinvio solleva, indirettamente ma necessariamente, il problema di determinare se il Regno di Svezia ha recepito l'art. 3 della citata direttiva in modo corretto», cioè considerando la questione rimessa alla valutazione di merito del giudice nazionale (un'impostazione che si vedrà essere ribadita in relazione al problema della qualificazione della fattispecie); in secondo luogo appellandosi all'obbligo di interpretazione conforme, con ciò però, a parere di chi scrive, eludendo il problema dell'applicazione diretta della direttiva, che tale obbligo presuppone.

<sup>86</sup> Il dibattuto e complesso tema dell'efficacia diretta delle direttive si può qui solo evocare per evidenziare l'approccio affatto inedito seguito dalla Corte nella sentenza *Laval*; in merito cfr., da ultimo, l'analisi critica della giurisprudenza comunitaria di A. Dashwood 2007, 81 ss.

<sup>87</sup> Cgce 4.12.1974, *Van Duyn*, causa 41/74, Racc. 1974, 1337.

correttamente, né è in discussione alcuna norma statale che si ponga in contrasto con quanto la direttiva impone<sup>88</sup>. La Corte riconosce al datore coinvolto in un conflitto sindacale il potere di invocarne le disposizioni davanti ad un giudice non per chiedere la disapplicazione di una norma statale non ad esse conforme, ma per censurarne l'erroneo recepimento della controparte. In tal modo finisce per affermare che le disposizioni dettate per lo Stato creano obblighi «direttamente» in capo a soggetti privati (quali sono i sindacati).

Una simile affermazione della Corte è per lo meno opinabile e meriterebbe una qualche motivazione. Ad essa si potrebbe rispondere che i sindacati non sono tenuti ad adeguare le loro azioni a quanto prescrive la direttiva 96/71 per il semplice e fondante motivo che questa nulla dispone in merito. Essa pone obblighi e divieti per gli Stati nella regolazione del rapporto di lavoro dei lavoratori stranieri. Questo, certo, può trovare la propria fonte nei contratti collettivi firmati dai sindacati, ma l'obbligo o il divieto di imporle il rispetto alle imprese straniere grava sullo Stato e non sulle parti sociali. Se lo Stato poi non ottempera a tali obblighi o viola tali divieti, questi possono eventualmente essere invocati «direttamente» dai soggetti interessati (imprese o lavoratori) davanti ad un giudice, ma si tratta di una questione che non chiama in causa l'autonomia delle parti sociali, sulle quali la direttiva non incide. Conferma ulteriore (se si vuole superflua) di ciò si ricava dallo stesso legislatore comunitario il quale, nel considerando 22 della direttiva 96/71, ricorda che «la presente direttiva lascia impregiudicato il diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive in difesa degli interessi di categoria». Precisazione funzionale a ribadire, appunto, che le dinamiche sindacali restano fuori dalla sfera di intervento della regolazione «positiva» comunitaria<sup>89</sup>.

L'intera argomentazione della Corte sembra svilupparsi da un equivoco di fondo consistente nell'imputare allo Stato il comportamento delle parti

---

<sup>88</sup> La censura che, nella seconda parte della sentenza *Laval*, colpisce la c.d. Lex Britannia si fonda sulla violazione dell'art. 49 TCE e del principio di non discriminazione che esso implica (punto 114 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20): la legge svedese permette ai sindacati nazionali di scioperare nei confronti di imprese straniere vincolate da un contratto collettivo, mentre non lo consente se ad applicare il contratto è un'impresa nazionale. D'altra parte la direttiva non riguarda la normativa applicabile ai lavoratori nazionali, ma quella destinata a tutelare i lavoratori stranieri.

<sup>89</sup> Cfr. in merito le osservazioni di Veneziani 2008 per il quale, anche alla luce del considerando 22, «niente nella direttiva lascia supporre che un conflitto non possa avere ad oggetto il miglioramento delle retribuzioni attraverso un sistema contrattuale articolato ed elastico, che assicura quella funzione dinamica ed adeguatrice che la autonomia collettiva può svolgere».

sociali e nel considerare le azioni di queste sindacabili alla luce dei vincoli posti dalla direttiva «come se» fossero idonee ad attuarne i *dicta*. La Svezia, si afferma, ha «affidato alle parti sociali il compito di determinare, mediante trattativa collettiva, le retribuzioni che le imprese nazionali devono pagare ai loro dipendenti»<sup>90</sup>. Ma, dal momento che la direttiva indica altre modalità di «estensione» dell'efficacia del contratto collettivo, ciò è inammissibile: «uno Stato non ha il diritto di imporre [...] alle imprese stabilite in altri Stati membri, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, una trattativa caso per caso, sul luogo di lavoro»<sup>91</sup>.

Impostata in questi termini la questione, l'esito dell'argomentazione della Corte è scontato e quanto essa afferma diventa perfino tautologico. E' evidente che se si ritiene l'esercizio dell'autonomia collettiva una «modalità» di attuazione della direttiva questa non può che essere considerata una modalità illegittima, visto che la direttiva non la contempla.

La Svezia non ha affidato l'attuazione della direttiva alle parti sociali ma ha lasciato le stesse libere di contrattare, in assenza di *standard* minimi di legge. Una scelta in buona parte obbligata dalla necessità di rispettare le caratteristiche del proprio sistema di relazioni industriali, che certo (come riconosce la stessa Corte<sup>92</sup>) la direttiva non chiede di modificare. L'«imposizione» di cui parla la Corte ci sarebbe stata solo nel caso in cui fosse stato previsto dalla legge un obbligo per le imprese straniere di trattare. E' questo il «passaggio» omesso nell'argomentazione dei giudici comunitari, ed è un passaggio fondamentale perchè da esso passa la distinzione tra un sistema di regolazione collettiva delle condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati «etero-determinato» dallo Stato ed uno lasciato alle libere dinamiche dell'autonomia collettiva. Solo nel primo caso è legittimo il vaglio di quanto previsto dallo Stato alla luce della direttiva, non nel secondo.

Se ciò è vero, la Svezia, con riguardo ai minimi salariali, non ha violato alcun vincolo posto dal diritto positivo comunitario ed anzi ha agito nel modo più coerente rispetto ai principi del mercato interno ed alla *ratio* sottesa alla stessa direttiva<sup>93</sup>. Si è limitata a «consentire» che i sindacati

---

<sup>90</sup> Punto 69 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20, relativamente agli obblighi retributivi. Reich 2008, p. 139 (non a caso consulente del governo lettone nel caso *Laval*) parla espressamente di «*delegation of power to labour unions to restrict the EU freedoms*».

<sup>91</sup> *Ibidem*, punto 71. Anche in relazione alle clausole contrattuali relative alle altre «condizioni di lavoro e occupazione» la Corte fa riferimento a restrizioni imposte alle imprese dallo Stato (*ibidem*, punto 80).

<sup>92</sup> *Ibidem*, punto 68.

<sup>93</sup> In tal senso Esposito 2006, 579-580; un'analogia impostazione si ricava da quanto

nazionali potessero agire nei confronti delle imprese straniere con le stesse armi utilizzabili verso quelle nazionali, nel rispetto sia del principio di non discriminazione deducibile dall'art. 49 TCE<sup>94</sup> sia del sopra citato considerando 22. Nella sua parte «dispositiva» la direttiva non fa riferimento alla modalità di estensione per via di azione sindacale perchè essa si rivolge «solo» agli Stati e non agli attori sociali; pone vincoli solo per i primi non per i secondi ed identifica criteri tesi ad evitare che l'estensione *ex lege* dell'efficacia dei contratti collettivi determini discriminazioni a danno delle imprese straniere (da ciò le prescrizioni di cui all'art. 3.8). Il legislatore comunitario sembra consapevole del problema del possibile ruolo dell'autonomia collettiva, ma si limita ad accennarvi nei considerando, riservando la parte dispositiva alle sole regole destinate a disciplinare il potere statale di intervento in materia. La Corte ribalta simile impostazione, deducendo dal «silenzio» del legislatore un divieto di azione per i soggetti privati che non è in alcun modo contenuto nella direttiva, né poteva esservi, visto, appunto, il suo ambito di applicazione.

Un simile «ribaltamento» di prospettiva si coglie con chiarezza nell'interpretazione che viene fatta dall'art. 3.10 della direttiva, per escludere la legittimità di clausole contrattuali in materie diverse da quelle elencate nell'art. 3.1. Dovendo tali materie essere riconducibili a «disposizioni di ordine pubblico», non sarebbe ammissibile imporre con l'azione sindacale ad un'impresa straniera un contratto collettivo che le regoli, dal momento che i sindacati «non sono soggetti di diritto pubblico e [...] non possono avvalersi di tale disposizione per invocare ragioni di ordine pubblico»<sup>95</sup>. In realtà sembra sostenibile il contrario. Il riferimento all'«ordine pubblico» nell'art. 3.10 dimostra come la direttiva si rivolga «esclusivamente» alle pubbliche autorità e non intenda fissare alcun limite al libero esercizio dell'autonomia collettiva.

## **7. Considerazioni intorno alla «legolatria» della Corte di giustizia**

---

afferma l'A.G. Mengozzi nelle Conclusioni al caso *Laval*, C-341/05, punto 193.

<sup>94</sup> La Corte di giustizia ravvisa un'evidente discriminazione nella Lex Britannia che espone solo le imprese straniere vincolate da un contratto collettivo all'azione sindacale (*supra* nt. 88). In realtà la discriminazione ci sarebbe solo nel caso in cui il contratto collettivo applicato dall'impresa straniera fosse equivalente a quello imposto alle imprese nazionali; altrimenti considerando (come fa la Corte) è la prima ad uscire avvantaggiata rispetto alle seconde dai limiti previsti dalla normativa interna in tema di sciopero.

<sup>95</sup> Punto 84 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20; tale inciso, come osserva Ales 2008, 12 diventa «paradossale» considerando che i sindacati sono chiamati a rispettare l'art.49 TCE proprio in quanto assimilati a «soggetti di diritto pubblico».

I limiti che i principi enunciati dalla Corte prospettano per l'autonomia collettiva meritano qualche considerazione conclusiva di carattere più generale. I giudici comunitari quando affermano la rilevanza nell'ordinamento comunitario di regole di natura privatistica non fanno che prendere atto del superamento del monopolio pubblico statale della produzione normativa e del fatto che «il principio di legalità» non è «più associabile unicamente a quello della statualità»<sup>96</sup>. Apparentemente vengono in tal modo recepiti concetti propri della teoria pluralistica della norma giuridica, ben nota agli studiosi di diritto sindacale, che vede l'ordinamento statale convivere con una molteplicità di ordinamenti autoregolati dai soggetti che vi operano. Solo apparentemente, perchè nel momento in cui si afferma la rilevanza giuridica di norme di derivazione non statutale, se ne nega l'effettività e la legittimità a dettare regole vincolanti per gli stessi attori che le definiscono. Il richiamo delle fonti extra-statali serve alla Corte per limitarne la funzione di strumenti di autoregolamentazione sociale e per subordinarle alla prevalente fonte statutale. La fonte privata (nel caso il contratto collettivo) non è riconosciuta come legittimo strumento di regolazione di interessi economici, capace di dettare regole valide nell'ordinamento giuridico non statale (nel caso inter-sindacale) nel quale è chiamata ad operare, ma è «attratta» nell'ordinamento dello Stato ed etero-regolata in base alle norme in esso vigenti.

L'affermazione per la quale la «libertà economica» sancita dal TCe ha efficacia diretta e può essere usata per contestare e invalidare una «fonte» di natura privatistica, altro non significa se non che l'ordinamento «statuale» si arricchisce (grazie alla sua «integrazione» in quello comunitario) di uno strumento capace di incidere, limitare e contenere la potestà di autoregolamentazione degli organismi privati. La vincolatività «orizzontale» della libertà di circolazione conduce all'affermazione della supremazia dello Stato sull'autonomia «contrattuale» e «normativa» dei privati, sia essa individuale che collettiva.

I principi enunciati nelle sentenze *Viking* e *Laval* non possono essere rubricati semplicemente nei termini di una pretesa sottomissione dell'azione sindacale alle regole di mercato, senza chiarire in che senso ciò può essere sostenuto. Senza chiarire che quelle regole sono declinate dalle fonti statuali e sovra-statali in modo tale da escludere che tutti gli attori che nel mercato si muovono e agiscono (anche quelli collettivi, e perciò anche il sindacato) possano contribuire liberamente a determinarle. Non è allora scorretto interpretare quanto dichiarato nelle sentenze in esame come un'affermazione dell'assoluta preminenza della

---

<sup>96</sup> Così Cafaggi 2001, 544.

«norma statale» (che sia di derivazione comunitaria, poco importa) sulle fonti di regolazione provenienti da altri ordinamenti giuridici. Declinare i *dicta* della Corte nei termini di una adesione ai principi di una «economia comunista di mercato» può apparire una discutibile provocazione intellettuale, ma è una provocazione che mette in luce un aspetto di centrale importanza delle sentenze in esame<sup>97</sup>.

L'argomentazione della Corte svela una sorprendente «legolatria»<sup>98</sup> dei giudici di Lussemburgo: solo la legge è legittimata a stabilire gli *standard* di tutela da riconoscere ai lavoratori distaccati ai sensi della direttiva 96/71 ed è la legge (nella sua forma di fonte «primaria» comunitaria) a porsi come argine invalicabile all'autonomia collettiva, a determinare regole cui gli stessi attori del mercato devono adeguarsi. In tal modo la «legge comunitaria» si impone come fonte vincolante rispetto alla stessa *lex mercatoria*, che comprende quell'insieme di regole, giuridiche e non, prodotte dagli operatori economici<sup>99</sup>. Le sentenze *Viking* e *Laval* possono essere lette, in ultima analisi, come l'affermazione della supremazia della legge sulla società, dell'onnipotenza del giudice sulle forme extra-statali di composizione delle controversie private, del diritto *hard* al più alto livello sulle fonti *soft* di autoregolazione dei privati. Il che non può non sorprendere nella misura in cui evidenzia un elemento di contraddizione interno alle dinamiche che hanno guidato l'integrazione europea negli ultimi anni. La sorpresa deriva non solo dal fatto che tutto ciò appare poco sintonico con l'idea di un mercato «libero», regolato in quanto tale dagli attori che in esso vi operano, ma anche dal fatto che l'ultimo quindicennio del processo d'integrazione europea è stato contraddistinto dalla crescente centralità attribuita dalle istituzioni comunitarie all'integrazione per via di *soft law* rispetto a quella fondata sull'armonizzazione *hard*; dalla prevalenza della «*governance*» coinvolgente anche le forme organizzate della società civile sul tradizionale intervento di regolazione eteronoma; dallo spazio riconosciuto ad un diritto privo di sanzioni, capace di fare a meno dell'intervento dell'autorità giudiziaria perchè fondato sulla fiducia negli effetti virtuosi del confronto discorsivo tra gli attori sociali e istituzionali chiamati a realizzarlo.

---

<sup>97</sup> Cfr. Supiot 2008 che a proposito dell'imposizione *ex lege* di vincoli agli attori sociali in nome delle «libertà di mercato» evoca l'«*économie communiste de marché*» di ispirazione cinese, destinata a sostituire negli ordinamenti europei il modello di liberalismo proprio delle democrazie pluraliste.

<sup>98</sup> L'espressione è mutuata da Grossi 2007, 104.

<sup>99</sup> Sulla pluralità di accezioni nelle quali è stata declinata la nozione di *lex mercatoria*, come insieme di regole che comprende anche quelle sociali, cfr. Cafaggi 2001, 544; in merito si rinvia agli ormai classici studi di Galgano (da ultimo 2001).

L'argomento utilizzato dalla Corte che più di altri svela una simile contraddizione interna alle dinamiche dell'integrazione comunitaria è quello per il quale, nel caso *Laval*, il sistema contrattuale svedese si pone in contrasto con le regole del mercato interno perchè non permette di prevedere *ante tempus* i costi dell'attività da svolgere in un altro Stato membro<sup>100</sup>. Non sono insomma tanto i trattamenti retributivi in sé a porre problemi per le regole del mercato quanto le modalità con cui questi vengono imposti.

Non si può non sottolineare che in tal modo ad essere colpito con una censura radicale è un modello di relazioni industriali che in Europa si caratterizza per una notevole flessibilità, per la capacità di adattarsi alla peculiarità del singolo contesto lavorativo. Si colpisce un sistema che, proprio per essere privo di *standard* «rigidi» di tutela sul piano salariale, accetta la logica dell'adeguamento del costo del lavoro al peculiare mercato locale nel quale il lavoro viene svolto e che, anche per questo, risulta tra i più sintonici con l'idea di «flessicurezza» che dovrebbe ispirare le riforme dei sistemi di protezione sociale e del lavoro di tutti gli Stati membri<sup>101</sup>. Certo, il sistema svedese è caratterizzato dalla presenza di un sindacato forte, pienamente rappresentativo, al quale è iscritta la stragrande maggioranza dei lavoratori del settore. Ma è proprio questa la pre-condizione perchè un modello flessibile di relazioni sindacali e di regolazione del rapporto di lavoro non si traduca in una pura e semplice dismissione dei diritti dei lavoratori. Ed è la forza del sindacato a causare una situazione nella quale (come nel caso *Laval*) un'impresa non può sapere con certezza se, come e quando la trattativa avrà termine.

L'affermazione della Corte per la quale il sistema svedese di contrattazione contrasta con il diritto comunitario equivale all'affermazione per la quale è preferibile un sistema di definizione dei salari per via legislativa, rigido e unico su un intero territorio nazionale<sup>102</sup>; e se proprio si vuol riconoscere un ruolo alla contrattazione collettiva, anch'essa dev'essere più centralizzata possibile, senza margini per la contrattazione decentrata, meglio ancora se attuata da sindacati deboli, privi di una forza contrattuale sufficiente a prospettare conflitti e tempi

---

<sup>100</sup> Punto 110 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20. La difficoltà di determinare gli obblighi «retributivi» si porrebbe secondo la Corte in contrasto con l'art. 4.3 della direttiva, in base al quale «Ogni Stato membro adotta provvedimenti idonei affinché le informazioni relative alle condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'art. 3 siano generalmente accessibili»; in tal modo, come osserva Ballestrero 2008, 387, si prospetta un'evidente sopravvalutazione della norma in questione, per nascondere la vera «preoccupazione» dei giudici di Lussemburgo: quella di tutelare l'impresa da un «eccessivo» costo del lavoro.

<sup>101</sup> Sul sistema contrattuale svedese cfr. in sintesi Eklund- Sigeman- Carlson 2008, 28 ss.

<sup>102</sup> In merito cfr. anche Corti 2008, 282 e Veneziani 2008.

lunghe nelle trattative. Come ciò si concili con quanto sostenuto dalle stesse istituzioni comunitarie nei documenti sulla *flexicurity*<sup>103</sup> e nelle linee guida sulle politiche dell'occupazione è una domanda che dovrà impegnare le istituzioni comunitarie nell'immediato futuro.

## **8. La difesa dal dumping sociale come causa di giustificazione: la «vera» svolta della Corte di giustizia?**

Risolto il nodo dell'applicazione delle fonti comunitarie primarie e derivate alle azioni sindacali, la Corte affronta il problema della loro eventuale legittimità in ragione della possibilità che esse siano giustificate da ragioni «imperative d'interesse generale». Richiamando i consolidati principi elaborati in merito, i giudici di Lussemburgo identificano nella «protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di dumping sociale» una ragione che può giustificare l'apposizione di ostacoli alla libertà di circolazione<sup>104</sup>. Si tratta di un passaggio di centrale importanza teorica, perchè (al contrario di quanto affermi la stessa Corte) esso non ha precedenti nella giurisprudenza comunitaria.

Non lo ha perchè sino ad oggi è stato pacifico che del *dumping* sociale potessero legittimamente beneficiare le imprese e, di conseguenza, le misure tese a contrastarlo si configurassero come interventi protezionistici inammissibili nel mercato interno<sup>105</sup>. Il contrasto del *dumping* nell'ordinamento dell'Ue è rimesso all'armonizzazione attuata

---

<sup>103</sup> Da ultimo cfr. Commissione Ce, Comunicazione del 27.6.2007 «Verso principi comuni di flessicurezza. Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza», COM (2007) 359 def.. Sul recente dibattito intorno alla Flexicurity comunitaria si rinvia ai contributi contenuti nel numero «monografico» di DLM n.3/2007.

<sup>104</sup> Punto 103 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20 e punto 77 di Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2.

<sup>105</sup> Cfr. le osservazioni in merito di Lo Faro 2008, 86, che a ragione considera «particolarmente innovativa» l'affermazione dell'A.G. Mengozzi (poi ripresa dalla Corte) relativa all'esigenza di difesa dal *dumping* sociale. Una «crepa» nella tradizionale impostazione della Corte si coglie già nella sentenza Cgce 12.10.2004, *Wolf*, causa C-60/03, Racc. 2004, I-9553, punto 41 delle motivazioni, dove si ammette che fine della direttiva è anche quello di «prevenire una concorrenza sleale da parte delle imprese straniere», nel caso consistente nel retribuire i propri lavoratori al di sotto del minimo imposto alle imprese nazionali. L'esigenza di garantire una «concorrenza leale» è richiamata dalla stessa direttiva nel considerando n. 5 (citato nella sentenza *Wolf*) come condizione funzionale a permettere un corretto funzionamento del mercato, a (debole) giustificazione della base normativa della direttiva stessa. Mai però la Corte, prima delle sentenze *Viking* e *Laval*, aveva fatto espresso riferimento all'esigenza di contrastare pratiche di *dumping* sociale (ovvero di difendere *tout court* il mercato del lavoro nazionale) come motivo «imperativo d'interesse generale» invocabile dagli Stati.

dalle direttive «sociali» e nei limiti consentiti da queste la concorrenza giocata sui differenziali del costo del lavoro è legittima e pienamente garantita dalle norme del Trattato Ce. Per tale ragione le esigenze di tutela dei lavoratori invocabili dagli Stati per limitare la libera prestazione di servizi sono state sempre identificate dalla Corte in quelle dei lavoratori distaccati e non dei lavoratori dello Stato ospitante<sup>106</sup>. L'intera costruzione interpretativa della Corte sui limiti dell'art. 49 TCE si è basata su quest'assunto, dal quale discende la necessità di vagliare il livello di tutela garantito nel paese d'origine (in ossequio al principio del mutuo riconoscimento) e dal quale derivano le regole poste dalla direttiva, tese a conciliare esigenze dell'impresa (straniera) ed esigenze di tutela dei lavoratori (stranieri). E proprio perchè il fine è quello di tutelare i lavoratori distaccati il legislatore comunitario è intervenuto a stabilire, attraverso la direttiva 96/71, un punto di equilibrio tra tale finalità e l'interesse delle imprese di servizi a circolare senza ostacoli nel mercato interno; punto di equilibrio che si è visto comportare una significativa compressione del potere statale di regolare i rapporti di lavoro di chi solo temporaneamente è presente sul territorio nazionale.

Affermare che invece l'estensione (tramite azione sindacale o tramite legge, il discorso non cambia sotto questo profilo) degli *standard* sociali del paese ospitante si fonda «legittimamente» sulla lotta al *dumping* sociale, apre (o meglio, dovrebbe aprire) scenari inediti nell'applicazione dei principi del mercato, assai più rassicuranti sia per i lavoratori stranieri che per quelli nazionali. Scenari che finiscono per sconfessare lo stesso impianto regolativo adottato dalla direttiva 96/71.

Se la tutela del *dumping* è un'«esigenza imperativa di interesse generale» se ne dovrebbe ricavare la possibilità di garantire sempre e comunque la piena parità di trattamento tra stranieri distaccati e lavoratori stabilmente presenti sul territorio di uno Stato membro<sup>107</sup>. Quello che non è ammissibile se compiuto per tutelare i lavoratori stranieri distaccati, perchè non necessario e sproporzionato a tal fine, diventa legittimo se funzionale ad evitare la concorrenza al ribasso tra

---

<sup>106</sup> Da ciò le osservazioni critiche di P. Davies 1997, 596 che ritiene gli obblighi imposti agli Stati dalla direttiva 96/71 poco giustificabili sul piano delle regole del mercato interno, sulle quali essa fonda la sua base giuridica. In senso contrario sembrano muoversi le osservazioni di Ballestrero 2008, 380 che coglie nel contrasto al *dumping* sociale il fine primo della direttiva; sensibilmente diversa l'opinione di chi osserva come scopo di quest'ultima sia «anche quello di scongiurare forme degenerative di concorrenza basate sul *dumping* sociale» (Giubboni 2008).

<sup>107</sup> Sembra suggerire analoghe conclusioni Pallini 2008, 22-23, che coglie un'incongruenza della Corte nel fatto di riconoscere l'astratta legittimità di uno sciopero con finalità *anti-dumping*, negandone poi nei fatti la praticabilità.

sistemi lavoristici. A meno di non chiarire in che senso, in che misura e fino a che punto le «misure di protezione dal *dumping*» siano o no compatibili con gli equilibri del mercato interno. La Corte nulla dice in proposito e, dopo aver fatta propria un'affermazione così innovativa, «vira» sulla tradizionale argomentazione basata sulle esigenze di tutela dei lavoratori distaccati, valutandone la fondatezza alla luce dei consueti test di necessità e proporzionalità.

E' questa una lacuna grave nell'argomentazione della Corte, tale da non poter essere liquidata con superficialità. Anzi, forse proprio da qui è necessario ripartire per tentare di trovare una via d'uscita al problema oggetto dei casi in esame, se non si vuole che la parola finale sia quella fornita dalla Corte. E' un fatto che questa abbia riconosciuto come principio regolatore del mercato interno la necessità e l'esigenza degli Stati di difendere i propri sistemi di protezione sociale e di tutela del lavoro dal *dumping* sociale, cioè dalla concorrenza attuata dalle imprese straniere grazie al più basso costo del lavoro del quale beneficiano nei paesi di stabilimento. Se così è, un simile principio chiede di essere applicato coerentemente e non può non incidere su quell'operazione di bilanciamento che la Corte effettua tutte le volte che è chiamata a valutare i limiti di «estensione» del sistema lavoristico nazionale ad imprese di servizi straniere. Ciò a prescindere dal problema (ulteriore) della limitabilità, in base ai medesimi principi, dell'azione sindacale e dell'autonomia collettiva delle parti sociali che si è sopra affrontato.

Diventa necessario chiarire in che modo i consolidati criteri di necessità e proporzionalità trovino applicazione con riferimento ad una simile «esigenza imperativa di interesse generale», tenendo conto che l'esito di tale valutazione non può coincidere con quello conseguente al giudizio in merito all'esigenza di tutelare i lavoratori distaccati. Di altra esigenza si tratta, altri «interessi generali» si perseguono, altri soggetti si intendono proteggere dalle dinamiche del mercato.

La Corte poteva attestarsi sulle consolidate posizioni orientate a negare la rilevanza di simili esigenze e interessi. Non avendolo fatto ha aperto nuovi scenari nei quali diversi equilibri di mercato si configurano. Equilibri non coincidenti con quelli che essa stessa ha disegnato nelle sentenze *Viking* e *Laval*, criticabili proprio per aver contraddittoriamente affermato un nuovo principio di regolazione del mercato senza averlo consequenzialmente applicato ai casi di specie.

## **9. Il problema della qualificazione giuridica della fattispecie nel caso *Laval***

Un ulteriore aspetto (relativo alla sentenza *Laval*) meritevole dell'attenzione dell'interprete e non adeguatamente indagato dalla Corte

attiene alla configurazione della fattispecie oggetto della causa. Il fatto che la *Laval* operasse in Svezia attraverso una sua filiale e che l'appalto di servizi riguardasse quest'ultima impone che si chiarisca per quale ragione la fattispecie è ricondotta nell'ambito del mercato dei servizi cui l'art. 49 TCe e la direttiva 96/71 si riferiscono. La questione è stata sollevata dai convenuti nella causa principale e viene respinta dalla Corte in base alla considerazione che «ogni valutazione dei fatti rientra nella competenza del giudice nazionale»<sup>108</sup>.

Questo problema resta di decisiva importanza e l'evasiva risposta data dalla Corte finisce per alimentare il sospetto (capace di inficiare l'intera argomentazione successiva) che il caso *Laval* sia dovuto semplicemente ad un'erronea configurazione del fatto da parte del giudice di rinvio; configurazione che i giudici comunitari assumono per fondata e sulla quale non si esprimono esplicitamente. Simile dubbio si corrobora considerando che il rispetto della valutazione del giudice nazionale deriva dall'inserirsi la causa *de qua* in un procedimento *ex art.* 234 TCe. Da ciò la conclusione che, se la stessa ipotesi di distacco fosse stata oggetto di un diverso procedimento davanti alla Corte (per esempio *ex art.* 228), l'inquadramento delle circostanze di fatto all'origine della causa sarebbe potuto mutare.

La Corte poteva comunque affrontare la questione, che non attiene alla «valutazione dei fatti», di spettanza del giudice di rinvio, ma alla loro qualificazione giuridica nell'ordinamento comunitario, sulla quale sorprende che i giudici di Lussemburgo si rifiutino di esprimersi<sup>109</sup>. Indipendentemente da ciò, i limiti di cognizione che la Corte si è imposta non devono valere per l'interprete, per cui è opportuno prendere sul serio l'obiezione sollevata dai sindacati svedesi e riflettere sulla riconducibilità o meno dell'azione collettiva oggetto della controversia nell'ambito delle regole del mercato dei servizi, partendo da quanto osserva l'AG Mengozzi nelle sue conclusioni. Questi, al contrario della Corte, propone una sua valutazione dei fatti di causa e li riconduce all'ipotesi di cui all'art. 1.3, lett. b) della direttiva 96/71<sup>110</sup>, ovvero al distacco intra-gruppo, con ciò

---

<sup>108</sup> Punto 45 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20. La Corte precisa che «in circostanze eccezionali essa può esaminare le condizioni in cui viene adita dal giudice nazionale, al fine di verificare la propria competenza» vale a dire quando «risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con la realtà o con l'oggetto della causa principale [...] qualora il problema sia di natura ipotetica o nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte» (punto 46).

<sup>109</sup> La reticenza della Corte sul punto è letta da Pallini 2008, 8 come una implicita legittimazione delle pratiche di *law shopping* operate dalle imprese europee.

<sup>110</sup> A.G. Mengozzi, Conclusioni in *Laval*, causa C-341/05, punto 107.

negando l'esistenza di un «appalto transnazionale» (di cui all'art. 1.3 lett. a) della direttiva). La presenza di una prestazione di servizi è dedotta dall'AG implicitamente dalla considerazione che i fatti in questione integrerebbero una fattispecie regolata dalla direttiva e nessuna valutazione viene compiuta in merito alla riconducibilità di tale fattispecie alla nozione di servizio di cui all'art. 50 TCe.

Una simile valutazione sarebbe stata di estremo interesse per inquadrare i fatti di causa e per risolvere problemi interpretativi tutt'altro che secondari relativi all'ambito di applicazione della direttiva.

L'applicazione della disciplina della direttiva 96/71 all'ipotesi di distacco intra-gruppo è all'origine di critiche e dubbi interpretativi sollevati in dottrina. Non è chiaro per quale motivo il distacco operato all'interno di un gruppo di impresa debba considerarsi rilevante per il mercato interno dei servizi, nell'ambito del quale la direttiva si colloca, dal momento che non può considerarsi «prestazione di servizio» il mero esercizio del potere direttivo del datore che opera il distacco dall'impresa madre alla filiale situata in un diverso Stato membro<sup>111</sup>. Né il lavoratore distaccato all'interno di un gruppo di per sé svolge un'attività che incide sul mercato dei servizi del paese di destinazione, trovandosi questi semplicemente ad operare all'interno di un'impresa stabilita (eventualmente ai sensi dell'art. 43 TCe) sul territorio di un altro Stato membro.

A tali dubbi si potrebbe rispondere leggendo l'art. 1.3 lett. b) alla luce del precedente comma 1 del medesimo articolo, il quale riferisce il campo di applicazione della direttiva ai distacchi attuati «nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi». Da ciò la riconduzione del distacco intragruppo alla disciplina comunitaria solo se ad esso si associa una prestazione di servizi che comporti l'impiego del lavoratore distaccato presso un appaltante stabilito nello Stato ospitante<sup>112</sup>; che è poi l'ipotesi oggetto della sentenza *Laval*.

Neppure questa interpretazione «riduttiva» dell'art. 1.3 lett. b) permette tuttavia di considerare quella in esame un'ipotesi di «prestazione transnazionale di servizi», dal momento che l'appalto di servizi riguarda in tal caso due imprese stabilite sul territorio del medesimo Stato membro. L'utilizzo di lavoratori stranieri si inserisce in un rapporto contrattuale tutto interno all'ordinamento di uno Stato. Nel caso *Laval*, la prestazione di servizi doveva essere prestata in base ad un contratto di appalto tra il comune di *Vaxholm* e l'impresa «svedese» (*Baltik*), controllata dall'impresa madre lettone. La «prestazione transnazionale» sarebbe stata configurabile solo nel caso in cui detto

---

<sup>111</sup> Cfr. in merito Carabelli 2007, 47 e Giubboni-Orlandini 2007, 110.

<sup>112</sup> A quest'ipotesi sembra far riferimento Carabelli 2007, 46.

appalto fosse stato vinto «direttamente» da quest'ultima, ma così non è stato.

All'origine del caso *Laval* c'è la discutibile scelta del legislatore comunitario di attrarre l'ipotesi del distacco tra impresa madre e impresa controllata nell'ambito di applicazione della direttiva 96/71. Una scelta non facilmente comprensibile né sotto il profilo della regolazione «lavoristica» della fattispecie in esame, né sotto quello delle regole del mercato interno. Merita soffermarsi sul primo profilo al fine di evidenziare come il distacco interno ad un gruppo possa sottendere a finalità e strategie imprenditoriali assai diverse tra loro e, per tale motivo, male si adatti ad una rigida disciplina fondata su un'unica *ratio* regolativa, qual'è quella sottesa alla disciplina derivante dall'applicazione della direttiva 96/71. Da ciò la conclusione che meglio sarebbe lasciare la regolazione di simili rapporti di lavoro con elementi di «internazionalità» esclusivamente al più elastico sistema di selezione della legge applicabile dettato dalla Convenzione di Roma del 1980<sup>113</sup>.

### **9.1. Segue: il distacco transnazionale intra-gruppo tra disciplina lavoristica e regole del mercato interno**

L'ipotesi tipica di distacco intragruppo è quella per la quale un lavoratore dell'impresa madre viene inviato a svolgere una determinata attività all'interno dell'impresa figlia nell'interesse della prima. L'istituto è diversamente regolato negli Stati membri<sup>114</sup>, ma di norma il «gruppo» (cioè l'esistenza di rapporti stabili e di dipendenza tra le imprese all'interno delle quali si svolge la vicenda circolatoria) è ciò che giustifica e rende legittimo il distacco medesimo<sup>115</sup>. La legittimità del distacco comporta che il lavoratore distaccato continui ad essere considerato dipendente dell'impresa distaccante, motivo per cui a quel lavoratore continua ad essere applicato il contratto di lavoro che lo lega a questa e

---

<sup>113</sup> Le regole di conflitto del diritto internazionale privato, applicate ai distacchi intra-gruppi, non garantiscono che ai lavoratori vengano riconosciuti i trattamenti di maggior tutela, ma lasciano comunque un margine significativo di discrezionalità al giudice nell'interpretarle in modo da valorizzare la finalità di «innalzamento della tutela del lavoratore» ad esse sottesa. E' quanto evidenzia Franzina 2008, 111 ss. suggerendo una lettura ispirata al *favor* per il lavoratore delle norme di conflitto, delle norme di applicazione necessaria e della nozione di ordine pubblico. Nel caso di distacchi rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 96/71, tale interpretazione sembra però preclusa dall'obbligo di rispettare i vincoli posti dalla fonte comunitaria e dalle regole del mercato interno.

<sup>114</sup> Per un'analisi comparata (sul piano globale) delle varie forme di regolazione dell'utilizzo «indiretto» dei lavoratori (anche nell'ambito dei gruppi) cfr. Perulli 2007, 29 ss.

<sup>115</sup> In Italia la rilevanza del gruppo come contesto nel quale il distacco può legittimamente svolgersi deriva dal requisito dell'«interesse del distaccante», previsto dall'art. 30 d.lgs. 276/00: è infatti nel gruppo che l'impresa «dominante» ha interesse a collocare presso le imprese controllate i propri dipendenti.

con esso il relativo trattamento normativo e convenzionale. Il che corrisponde quasi sempre all'interesse del lavoratore, e ciò vuoi che il distacco sia interno al territorio di uno Stato vuoi che si svolga sul piano transnazionale.

Questa forma di circolazione all'interno dell'impresa riguarda per lo più lavoratori altamente specializzati e di qualifiche medio alte, che l'impresa madre invia nelle filiali normalmente stabilite in paesi con più bassi *standard* di protezione sociale<sup>116</sup>. Da ciò la scarsa rilevanza delle disposizioni della direttiva 96/71, visto che non si pongono né esigenze di tutela del lavoratore distaccato né problemi di *dumping* sociale nello Stato dove è operato il distacco.

Interessi affatto diversi dell'impresa distaccante (e conseguenti esigenze di tutela del lavoratore distaccato) sono in gioco nell'ipotesi (oggetto del caso *Lava*) nella quale il lavoratore è distaccato all'interno del gruppo per svolgere un'attività nei confronti di un soggetto terzo sul territorio dove ha sede una filiale dell'impresa «madre». Una simile ipotesi non può essere confusa in alcun modo con la precedente perchè in questo caso il distacco non avviene (solo) per soddisfare un interesse del distaccante (o del gruppo), ma per soddisfare un interesse di un soggetto terzo, in virtù di un contratto di carattere commerciale che permette a questi di utilizzare i lavoratori distaccati. L'esistenza di una tale relazione contrattuale muta la natura del distacco, che non può assimilarsi alla precedente ipotesi di distacco intragruppo proprio perchè i lavoratori vengono utilizzati «all'esterno» del gruppo e per interessi che non sono (solo) quelli del gruppo o dell'azienda madre.

La diversità degli interessi in gioco e delle esigenze di tutela sottese alle due ipotesi di distacco richiamate possono giustificare diverse discipline interne dettate dal diritto nazionale ed in nessuna delle due ipotesi, come detto, tali discipline sono in grado di incidere sulla libera prestazione di servizi, che semplicemente non c'è nel primo caso mentre riguarda un rapporto commerciale tutto interno ai confini nazionali nel secondo.

Se le osservazioni sin qui proposte sono fondate, la frequente strategia di utilizzo del *dumping* sociale attuata dalle imprese creando filiali all'estero dove distaccare propri dipendenti potrebbe essere arginabile con una rigorosa applicazione delle regole del mercato interno e non con una loro disapplicazione o limitazione.

La creazione di filiali all'estero rientra nell'esercizio della libertà di

---

<sup>116</sup> Che la mobilità transnazionale intragruppo riguardi lavoratori altamente qualificati lo evidenzia anche Lo Faro 2005, 448 ss., che richiama a riguardo il documento Ocse del 2004 sulla mobilità transfrontaliera (Oecd 2004).

stabilimento c.d. secondaria di cui all'art. 43 TCe e non nella libertà di cui all'art. 49. E' vero che la Corte ha recentemente affievolito e reso più flessibile il requisito della «temporaneità» indicato dal Trattato Ce come elemento distintivo tra libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi<sup>117</sup>. Nel caso *Laval* non ci sono però dubbi circa il carattere «stabile» della presenza sul territorio svedese dell'impresa *Baltik* titolare dell'appalto, registrata in Svezia ed ivi operante. La temporaneità riguarda i lavoratori da questa impiegati, il che non incide sulla natura dell'attività prestata dall'impresa stessa ai sensi del diritto comunitario.

A partire dalla sentenza *Centros*<sup>118</sup> la Corte ha chiarito che è legittimo e non costituisce abuso del diritto comunitario creare un'impresa con sede in uno Stato per sfruttare la normativa ivi vigente e poi stabilire una succursale in un altro meno vantaggioso (di norma quello d'origine) dove di fatto si svolge l'attività<sup>119</sup>.

L'adozione del principio del mutuo riconoscimento da parte della Corte ha finito per rendere illegittima l'imposizione di qualsiasi vincolo «aggiuntivo» di diritto societario nazionale ad imprese regolarmente costituite in un altro Stato membro. Ma tale principio non può valere per invocare la non applicabilità delle norme a tutela dei lavoratori previste dallo Stato sede di stabilimento «secondario», che l'impresa è anzi tenuta a rispettare proprio in forza dell'art. 42.3<sup>120</sup>. Non si vede quindi in base a

---

<sup>117</sup> Cgce 11.12.2003, *Schnitzer*, causa C-215/01, Racc. 2003, I-14847, nella quale la Corte adotta una nozione di servizio estremamente lata, attraverso un'interpretazione di «temporaneità» svincolata dalla definizione di una durata determinata e non esclusa dalla presenza di qualche forma di infrastruttura dell'impresa erogatrice nello Stato ospitante (Hatzopoulos- Uyen Do 2006, 927 parlano a proposito dell'abbandono di un criterio temporale in favore di uno più «economico»; cfr. in merito anche Carabelli 2007, 43 ss.).

<sup>118</sup> Cgce 9.3.1999, *Centros*, causa C-212/97, Racc. 1999, I-1459.

<sup>119</sup> Come osserva Barnard 2007, 343 con la sentenza *Centros* la Corte afferma che il principio della *siège réel* (proprio degli ordinamenti francese, tedesco e italiano), in base al quale ad una società si applica la normativa dello Stato dove si trova il centro decisionale, configura un ostacolo alla libertà di stabilimento che deve essere giustificato. In merito alla giurisprudenza della Corte che ha progressivamente ampliato la libertà delle imprese di stabilire la sede principale anche in Stati dove di fatto non svolge alcuna attività cfr. Ferrari 2006, 717 e ss., che evidenzia come, proprio alla luce di tale giurisprudenza, «sempre più angusto» risulti lo «spazio lasciato alla possibilità di far valere, a livello comunitario, l'istituto dell'abuso del diritto» (sul tema, tra gli altri, cfr. anche Rammeloo 2003, 169 ss.).

<sup>120</sup> Cgce 10.7.1986, *Segers*, causa C-79/85, Racc. 1986, 2375, dove il divieto di non discriminare i lavoratori di un'impresa straniera presente con una sua filiale in uno Stato membro è considerato un corollario della libertà di stabilimento secondario ex art. 43.2. Il mutuo riconoscimento è evidentemente inutilizzabile con riferimento alle condizioni di lavoro applicate dall'impresa stabilitasi in uno Stato membro, non solo perchè prospetterebbe una totale disarticolazione dei sistemi lavoristici nazionali, ma perchè, sul piano delle regole del

quale principio del mercato interno l'impresa «secondaria», filiale dell'impresa madre, possa contestare l'imposizione di obblighi relativi al trattamento da garantire ai lavoratori da essa utilizzati per eseguire un appalto. Dal canto suo, l'impresa madre può distaccare lavoratori presso la sede creata nel diverso Stato membro, ma non può fondare né sul suo diritto di stabilimento (che ha già esercitato) né sulla sua libertà di prestare servizi (che non sta esercitando) la pretesa di sottrarsi ai vincoli derivanti dall'obbligo di rispettare il regime di tutele lavoristiche vigente sul territorio dove i suoi dipendenti si trovano a lavorare.

In conclusione è possibile sostenere che i principi che regolano il mercato interno non ostano all'adozione da parte degli Stati membri e dei sindacati ivi operanti di misure tese a contrastare o impedire che, attraverso la «delocalizzazione», le imprese possano eludere il rispetto degli *standard* di tutela del lavoro quando agiscono sul territorio dello Stato d'origine attraverso loro filiali o succursali. Resta il problema dei vincoli posti dalla direttiva 96/71 che, anche sotto questo profilo, svela il suo carattere di normativa tutt'altro che finalizzata a garantire una maggior tutela ai lavoratori europei<sup>121</sup>. L'opzione preferibile sarebbe naturalmente una riforma della medesima, che porti ad escludere dal suo ambito di applicazione l'ipotesi del distacco intragruppo. In attesa che una simile prospettiva (che non sembra all'ordine del giorno) si realizzi, non resta che confidare in una futura evoluzione della giurisprudenza che riconosca il carattere «fraudolento» dell'utilizzo della direttiva da parte delle imprese in ipotesi nelle quali essa viene invocata al solo fine di sfruttare il *dumping* sociale, senza che ciò sia giustificato dall'esigenza di tutelare le libertà economiche riconosciute dal Trattato Ce.

## 10. Un diritto fondamentale privo di contenuto?

L'ultimo profilo delle sentenze *Viking* e *Laval* che merita attenzione riguarda il riconoscimento che in esse viene compiuto dello sciopero e dell'azione collettiva come diritto fondamentale.

Il fatto di affrontare questo tema da ultimo appare giustificato se si considera la funzione che i diritti fondamentali svolgono nella giurisprudenza della Corte in materia di mercato interno e concorrenza: quella di limite alle regole di mercato, di argine capace di giustificare una

---

mercato interno, entrerebbe in rotta di collisione con il principio di non discriminazione imposto dall'art. 39 a tutela dei lavoratori comunitari.

<sup>121</sup> Proprio la sentenza *Laval* chiarisce che l'inclusione dell'ipotesi intragruppo nell'ambito di applicazione della direttiva non si possa giustificare con il fine di garantire i lavoratori distaccati (come ritengono Lhernould 2005, 1194 e Carabelli 2007, 48), producendo invece tale scelta l'effetto opposto.

deroga alla loro piena applicazione. Come ogni deroga, anche quella basata sulla necessità di tutelare un diritto fondamentale non si sottrae al vaglio della Corte alla luce del test di proporzionalità, che si traduce in una sorta di bilanciamento del diritto stesso con le libertà economiche di mercato, teso a preservare il «contenuto essenziale» dell'uno e delle altre. Ecco perchè il riconoscimento di un diritto fondamentale da parte della Corte non è di per sé un segnale rassicurante per la tutela del medesimo, ma anzi può significare che questo è suscettibile di limitazioni non configurabili in base al diritto nazionale.

La tutela piena di un diritto fondamentale come prevista in un ordinamento nazionale si ha non nel momento in cui quel diritto è riconosciuto dalla Corte, ma se a tale riconoscimento non si arriva, perchè l'esercizio del medesimo si sottrae all'applicazione delle norme del Trattato Ce.

I casi *Viking* e *Laval* sono una clamorosa conferma di ciò: la piena garanzia del diritto all'azione sindacale passa dal riconoscimento che le regole del mercato interno non valgono a limitarne l'esercizio, come sin qui si è tentato di evidenziare. Diversamente considerando, la pur inedita e tutt'altro che scontata affermazione per la quale lo sciopero rientra a pieno titolo tra i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento dell'Ue<sup>122</sup>, non evita un suo sostanziale ridimensionamento rispetto agli *standard* di tutela nazionali.

La forza dell'argomentazione della Corte sta nell'apparente inoppugnabilità dell'affermazione giusta la quale il diritto di azione sindacale trova dei limiti nella necessità che il suo esercizio tenga conto degli altri diritti e libertà fondamentali riconosciuti nell'ordinamento comunitario<sup>123</sup>. Anche sotto questo profilo tuttavia è possibile prospettare

---

<sup>122</sup> Punto 44 di Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2 e punto 91 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20. Che il fondamento giuridico del diritto di sciopero nell'ordinamento comunitario sia tutt'altro che solido lo ricorda, da ultimo, Novitz 2007, 361 ss. Di «storico riconoscimento» del diritto di sciopero e dei diritti sociali in generale come «tratto identitario dell'ordinamento comunitario» parla Caruso 2008, 26, che imputa l'esito delle sentenze al fatto che dal «riconoscimento» del diritto non si sia passati alla sua «affermazione», anche in ragione dell'efficacia ancora solo politica della Carta di Nizza. Lo stesso autore (*ibidem*, 34) coglie nelle sentenze in esame una possibile apertura ad azioni sindacali diverse dallo sciopero, tipiche della conflittualità transnazionale e post-moderna (blocchi, azioni di solidarietà, boicottaggio, etc.); osservazione che si condivide a patto di precisare che tale apertura non comporta alcuna tutela «aggiuntiva» per tali forme di conflitto rispetto a quanto già previsto dagli ordinamenti nazionali, restando il loro presupposto di legittimità per il diritto comunitario l'essere ammesse dalla normativa in questi vigenti.

<sup>123</sup> Caruso 2008, 32 riconduce l'approccio della Corte di giustizia alla teorica dei «limiti esterni» ai diritti fondamentali, «operazione ermeneutica già storicamente realizzata dalle

un esito diverso del confronto tra libertà di mercato e diritti sindacali rispetto a quello configurato dalla Corte di giustizia.

Proprio l'esito delle sentenze induce a dubitare del modo con cui la Corte configura il bilanciamento tra diritto di sciopero e libertà economiche. A ben vedere non viene effettuato alcun bilanciamento nei casi in esame: all'affermazione che il diritto fondamentale di sciopero deve essere «conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso»<sup>124</sup> non fa infatti seguito nessuna valutazione basata sull'esigenza di garantire l'esercizio del diritto *de quo*. Il giudizio in merito all'eventuale giustificazione delle azioni sindacali si snoda esclusivamente con riferimento alla natura degli obiettivi che con queste si perseguono; obiettivi in sé legittimi, in quanto di tutela dei lavoratori, ma suscettibili di valutazione alla luce dei test di necessità e proporzionalità<sup>125</sup>.

Una corretta operazione di bilanciamento tra diritti fondamentali avrebbe invece comportato una diversa applicazione del test di proporzionalità, in linea con quanto affermato dalla stessa Corte nelle sentenze *Schmidberger* ed *Omega*<sup>126</sup>, nelle quali si riconosce che la necessità di tutelare un diritto fondamentale costituisce a sua volta un interesse generale legittimamente perseguito nell'ordinamento interessato. Anche i limiti apponibili al diritto così configurato devono essere dettati da obiettivi d'interesse generale e non possono costituire una «restrizione sproporzionata ed inaccettabile in quanto lesiva

---

Corti nazionali». La Corte in realtà, valutando la legittimità delle finalità perseguite, va oltre l'accertamento di eventuali limiti «esterni» al conflitto ed entra nel merito delle rivendicazioni sindacali (così anche Pallini 2008, 25).

<sup>124</sup> Punto 94 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20; analogamente punto 46 Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2.

<sup>125</sup> In entrambe le sentenze la Corte riconosce lo sciopero tra i diritti fondamentali facenti parte integrante dei principi generali del diritto comunitario nell'ambito dell'argomentazione tesa a respingere l'eccezione di parte sindacale fondata sulla supposta incompetenza dell'Unione a disciplinare tale diritto. La tematica dei diritti fondamentali non viene invece ripresa laddove ci si aspetterebbe, ovvero in relazione al giudizio di «giustificatezza» dei limiti posti alla libertà di circolazione; giudizio che la Corte fonda esclusivamente sulle finalità perseguite con l'azione, ovvero sulla loro connessione con «l'interesse generale». Di «degradazione» dell'azione sindacale da «diritto fondamentale in sé a mezzo strumentale alla realizzazione di un altro diritto», parla Caruso 2008, 36 (in termini simili cfr. Lo Faro 2008, 93). Già prima che i casi fossero decisi, sulla differenza tra il giudizio fondato sul «diritto fondamentale» e quello fondato sulle finalità dell'azione si soffermava A.C.L. Davies 2006, 83.

<sup>126</sup> Cgce 14.10.2004, *Omega*, causa C-36/02, e Cgce 12.6.2003, cit. a nt. 62. Che l'applicazione dei principi enunciati in queste due sentenze prospettassero un possibile esito favorevole ai sindacati è opinione anche di Novitz 2007, 383

dell'essenza del diritto»<sup>127</sup>. Per effetto del bilanciamento così formulato, l'azione sindacale può considerarsi illegittima alla luce dei principi del mercato interno in ragione delle modalità con cui è attuata, del comportamento di chi la pone in essere, degli effetti che questa produce nei confronti di soggetti terzi rispetto alla vertenza, dell'eventuale possibilità di ricorrere a mezzi meno lesivi della libertà della controparte<sup>128</sup>. Anche le finalità dell'azione possono essere considerate, ma la loro contrarietà ai principi comunitari non è di per sé sufficiente per escluderne la legittimità<sup>129</sup>. E' sulle caratteristiche che assume l'azione collettiva nel caso di specie che si fonda il giudizio in merito alla necessaria garanzia da riservare nell'ordinamento comunitario all'«essenza del diritto» (per usare le parole della stessa Corte) come configurato nell'ordinamento statale interessato<sup>130</sup>.

Non c'è dubbio che anche un «corretto» giudizio di bilanciamento esporrebbe lo sciopero all'imposizione di limiti «aggiuntivi» rispetto a quelli previsti dal diritto nazionale e non scongiurerebbe l'adozione di un principio di *extrema ratio* nell'uso del conflitto. Il tipo di giudizio è però sostanzialmente diverso rispetto a quello proposto dalla Corte nelle sentenze *Viking* e *Laval*, che è condotto considerando «esclusivamente» la legittimità degli obiettivi perseguiti alla luce delle regole del mercato interno<sup>131</sup>, senza alcuna considerazione della necessità di preservare l'«essenza» del diritto di sciopero<sup>132</sup>. In questo caso si apre la possibilità

---

<sup>127</sup> Punto 80 di Cgce 12.6.2003, cit. a nt. 60; in merito all'accurato giudizio di bilanciamento effettuato dalla Corte in *Schmidberger* cfr. tra gli altri Barnard 2007, 70; Biondi 2004, 59 ss.; Alemanno 2004, 739 ss.

<sup>128</sup> Così Jaspers 2007, 72.

<sup>129</sup> La sentenza *Schmidberger* in realtà è ambigua sul punto. Nel valutare l'ammissibilità di ostacoli alla circolazione delle merci creati da un'azione di protesta di gruppi ambientalisti, la Corte da una parte afferma che le finalità perseguite dai manifestanti non rilevano per decidere sui fatti di causa (punto 66) dall'altra finisce poi per considerarle, salvo dedurre dall'assenza di fini meramente protezionistici un indizio circa la legittimità dell'azione (punto 86). Nella precedente sentenza Cgce 9.12.1997, cit. a nt. 62, la sussistenza di una finalità chiaramente illegittima (impedire l'ingresso di merci spagnole nel mercato francese) non è stata sufficiente per censurare le azioni collettive, avendo la Corte valutato anche le modalità con la quale tale finalità era stata perseguita. Ciò che risulta con evidenza dalle sentenze in questione è l'estrema prudenza dei giudici comunitari nell'entrare nel merito delle finalità perseguite con l'azione dei privati (prudenza che è all'origine delle critiche di parte della dottrina: cfr. Morijn 2004, 28 e Gonzales 2003, 224).

<sup>130</sup> Come efficacemente osserva Bercusson 2007, 303 «*in balancing the rights in this case the question is not whether fundamental rights justify restrictions on free movement; rather free movement must be interpreted to respect fundamental rights*».

<sup>131</sup> Cfr. in tal senso Lo Faro 2008, 85 e 91.

<sup>132</sup> Cfr. Ales 2008, 7 e 15; in termini analoghi anche Ballestrero 2008, 383 e Giubboni 2008.

di una valutazione nel merito delle strategie sindacali ben più lesiva dell'autonomia collettiva delle parti sociali ed in particolare si prospetta un controllo «giudiziario» sul contenuto della «futura» negoziazione altrimenti non configurabile.

Dal momento che la Corte risolve il problema della legittimità dell'azione seguendo il consueto giudizio relativo alle «ragioni imperative di interesse generale», applicato non allo Stato ma «direttamente» agli attori sociali, non si vede quale sia la conseguenza sul piano dell'ordinamento comunitario del riconoscimento dello sciopero come diritto fondamentale. Anche in assenza di un simile riconoscimento, il giudizio circa i margini di comprimibilità delle libertà economiche sarebbe rimasto immutato. A riprova di ciò basta rileggere le sentenze in esame «come se» il diritto in questione non ci fosse, vale a dire non ne venisse affermata la natura di diritto fondamentale. I giudici comunitari sarebbero chiamati in tal caso ad interrogarsi sulla legittimità di comportamenti di soggetti privati. Essendo tali comportamenti legittimi per il diritto interno, si porrebbe il problema di valutare la compatibilità di una simile configurazione di «legittimità» alla luce del diritto dell'Ue e delle regole del mercato interno in particolare. La Corte non potrebbe che applicare a tali atti i consolidati principi sui quali si fonda il giudizio di «giustificatezza» degli ostacoli posti alla libertà di circolazione, replicando esattamente il giudizio operato nelle sentenze in esame. Come si vede, la presenza o meno di un «diritto fondamentale di sciopero» nell'Ue non modifica in alcun modo il giudizio della Corte fondato sulle finalità dell'azione, né prospetta (come dovrebbe) un grado di «limitabilità» delle libertà di mercato ulteriore rispetto ad una situazione nella quale tale diritto manchi.

D'altra parte l'irrilevanza del riconoscimento del diritto di sciopero emerge con tutta evidenza dalla sentenza *Laval*, dalla quale si ricava che non è prospettabile alcun margine di praticabilità del conflitto sindacale nell'ambito del mercato interno dei servizi. Il riconoscimento del diritto di sciopero nell'Ue assume un carattere quasi beffardo, se è vero che esso è operato per negarne la possibilità di esercizio. I giudici di Lussemburgo chiamano i sindacati ad una sorta di *probatio diabolica*: la loro azione è legittima solo se persegue le finalità di tutela dei lavoratori in maniera proporzionata, il che significa che essa non deve mirare ad imporre alle imprese straniere obblighi superiori rispetto a quelli che esse sono già tenute a rispettare in forza di quanto dispone la legge di recepimento della direttiva. Ne consegue che qualsiasi azione sindacale deve considerarsi in sé sproporzionata, trovando sempre la sua ragione d'essere nel cercare di imporre ad un'impresa quanto questa non è tenuta

a rispettare secondo le norme dell'ordinamento statale<sup>133</sup>.

## 11. Dal bilanciamento all'immunità

Per far riacquistare un significato al riconoscimento del diritto all'azione sindacale nell'ordinamento comunitario appare necessario rivedere l'impostazione seguita nelle sentenze in esame. Posto che, come detto, una diversa configurazione del giudizio di bilanciamento permetterebbe di far acquistare all'azione sindacale più ampi spazi di praticabilità, solo il riconoscimento di una piena immunità dell'azione sindacale dalle regole del mercato scongiurerebbe del tutto la possibilità che le dinamiche dell'azione sindacale siano esposte alla valutazione dei giudici (nazionali e comunitari) fondate sull'incerto e imprevedibile giudizio di proporzionalità<sup>134</sup>.

Non è questa un'idea particolarmente nuova, se è vero che essa ha ispirato il legislatore comunitario almeno fino al 1998, anno di adozione del c.d. Regolamento Monti<sup>135</sup>, il cui art. 2 recita: «Il presente regolamento non può essere interpretato in modo da pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero». Sulla stessa linea si era già collocata la stessa direttiva 96/71 che con l'inciso dettato dal considerando 22 (ignorato nella sentenza *Laval*) richiama Stati e istituzioni comunitarie ad evitare qualsiasi sconfinamento sul terreno del conflitto sindacale<sup>136</sup>. E d'altra parte da più parti si è suggerito di leggere l'art. 137.5 TCe come espressione della volontà di sottrarre all'invasività del diritto comunitario i diritti collettivi riconosciuti dai singoli Stati membri<sup>137</sup>. Come i fatti hanno poi dimostrato, queste indicazioni del

---

<sup>133</sup> Di poco cambia lo scenario se, come sopra suggerito (§ 3), si «valorizza» la parte della sentenza relativa all'art. 49 TCe e si considera legittimo lo sciopero attuato per imporre all'impresa straniera il rispetto del contratto collettivo nazionale, in assenza di disposizioni in merito nella legge di recepimento; anche in questo caso infatti merita riflettere su cosa cambierebbe senza il riconoscimento del «diritto di sciopero comunitario», dal momento che non avrebbe comunque fondamento una censura della Corte nei confronti di un'azione sindacale legittima per il diritto interno.

<sup>134</sup> Respinge con decisione la prospettiva «immunitaria» Caruso 2008, spec. 34 ss., la cui analisi è tutta incentrata sulla valorizzazione del bilanciamento come strumento di una integrazione tra libertà economiche e diritti sociali che rappresenterebbe, in un'ottica di «*constitutional cross fertilization*», l'unica alternativa ad un regressivo protezionismo nazionale.

<sup>135</sup> *Supra* nt. 66.

<sup>136</sup> Cfr. *supra* § 6.

<sup>137</sup> In questo senso Ahlberg- Bruun- Malmberg 2006, 163; Carabelli 2007a, 118-119; Pallini 2006, 249 che a proposito parla di «incomprimibile sovranità nazionale in materia».

legislatore comunitario non sono state sufficienti a limitare il potere cognitivo della Corte che, chiamata ad applicare le regole del mercato iscritte nel TCe, ha proceduto tenendo fede al principio per cui non esistono «zone franche» *a priori* sottratte ai principi generali del mercato comunitario.

Sin qui si è cercato di dimostrare che è possibile configurare una diversa interpretazione ed applicazione di quelle regole, tale da preservare alle parti sociali più ampi spazi di autonomia. Accogliere come corretta l'impostazione seguita dalla Corte non significa però considerare ineluttabili gli equilibri che da essa ne conseguono nei rapporti tra regole di mercato e azione sindacale. Le sentenze *Viking* e *Laval* possono anche essere lette, in ultima analisi, come un salutare richiamo dei giudici di Lussemburgo alla responsabilità della politica di operare scelte coraggiose a livello europeo e di non perseverare nell'inazione, confidando nel ruolo di supplenza del potere giudiziario<sup>138</sup>.

Con le sentenze in esame la Corte afferma con decisione che nel quadro delle attuali norme primarie e derivate del diritto comunitario non ci sono appigli per garantire l'intangibilità dei sistemi nazionali di relazioni sindacali e dei diritti collettivi sui quali e grazie ai quali questi sono stati edificati dal dopoguerra ad oggi. Se questo è il senso dei *dicta* della Corte, le sentenze *Viking* e *Laval* chiamano in causa le istituzioni comunitarie perchè intervengano a fornire ai giudici nazionali e comunitari basi giuridiche certe per garantire i diritti sindacali sul piano dell'ordinamento dell'Ue.

L'occasione per intervenire c'è già stata, ma è passata invano. L'adozione a Lisbona della nuova versione dei Trattati non sembra prospettare radicali cambiamenti nell'ordinamento comunitario, sotto il profilo che qui interessa. La novità rappresentata dall'indiretta attribuzione alla Carta di Nizza di un valore vincolante tra le fonti dell'Ue<sup>139</sup> difficilmente può indurre la Corte a rivedere la sua

---

<sup>138</sup> Come a ragione osservano Bronzini-Piccone 2007, 629 a margine delle Conclusioni degli AA. GG., «la debole protezione in via "diretta" da parte dell'ordinamento comunitario dei diritti socio-economici [...] è frutto non della prudenza dei giudici, ma di scelte politiche da rimettere in discussione». Di «silenzio [...] assordante» della politica europea parla anche Pallini 2008, 26.

<sup>139</sup> In forza del «nuovo» art. 6.1 TUE, riscritto dall'art. 1.8 del Trattato di Lisbona, «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2000 [...] che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». La norma è stata approvata con l'*opting out* di Polonia e Regno Unito ai quali la Carta di Nizza non si applica (Protocollo n. 7). E' difficile però configurare un'esclusione piena degli effetti della Carta nei due ordinamenti, dal momento che la Corte di giustizia non potrà fare a meno di riferirvisi quanto meno quando si porrà una questione relativa al «diritto fondamentale» di chi

impostazione, visto che l'art. 28 della Carta (relativo al diritto di sciopero) è già stato utilizzato sia in *Viking* che in *Laval* per riconoscere il «diritto fondamentale» all'azione sindacale.

Solo l'espressa previsione nel testo dei Trattati di una piena immunità attribuita a quel diritto avrebbe aperto scenari diversi, ma una simile strada non è stata imboccata. Né è stato messo in discussione l'art. 137.5 che viene riprodotto identico nel nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art.153.5). Visto il modo con cui esso è interpretato dalla Corte, la sua presenza da una parte non garantisce da «infiltrazioni» del mercato nelle dinamiche sindacali, dall'altra comporta la preclusione di qualsiasi (pur remota) prospettiva di dare un fondamento di diritto positivo «derivato» alla praticabilità di azioni transnazionali.

Un'eco rilevante hanno avuto i pendenti casi *Viking* e *Laval* nel processo di adozione della direttiva 123/06 sul mercato interno dei servizi<sup>140</sup>, anche se, forse, non era quella la sede per affrontare i problemi da essi sollevati. Ciò in considerazione del fatto che la c.d. direttiva *Bolkestein* non ha mai (neppure nella sua contestatissima versione originale) inteso incidere sulle normative di diritto del lavoro degli Stati ospitanti, delle quali continua ad occuparsi la direttiva 96/71. Si trattava di intervenire sul testo di quest'ultima, piuttosto che dibattere sulle modifiche da apportare all'originaria versione della direttiva in corso di adozione.

Così non è stato ed il timore che la direttiva sul mercato interno dei servizi potesse dare legittimazione a strategie imprenditoriali basate sul *dumping* sociale e finisse per erodere gli spazi di discrezionalità riconosciuti agli Stati dalla direttiva del '96<sup>141</sup>, ha prodotto l'inserimento di una serie di disposizioni che, se di non facile interpretazione sul piano strettamente giuridico, forniscono indicazioni significative per i temi che qui si sono affrontati.

La prima indicazione attiene proprio alla difficoltà di trovare un accordo politico in merito ad una soluzione condivisa su questi temi. Ne è dimostrazione l'art. 1.7, norma evidentemente ispirata dai casi pendenti e che, nell'intenzione (invero un po' ingenua) dei proponenti avrebbe dovuto scongiurare un esito invasivo dell'autonomia sindacale. La norma non è ovviamente servita a tal fine, anche perchè non vigente quando si sono verificati i fatti di causa. E' assai improbabile che essa potesse

---

cittadino polacco o britannico non è, ma si trovi ad operare sul territorio di questi Stati (come avviene nelle cause relative al funzionamento del mercato interno).

<sup>140</sup> In merito al travagliato processo di approvazione della direttiva 2006/123 cfr. Flower 2007, 217 ss.

<sup>141</sup> Cfr. Lo Faro 2005, 467.

comunque essere di qualche utilità per sindacati e lavoratori coinvolti<sup>142</sup>. In primo luogo perchè l'affermazione dell'intangibilità da parte della direttiva «del diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali» è seguita dalla precisazione per la quale questo diritto deve essere esercitato «in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario». In breve l'art. 1.7 della direttiva 2006/123 nulla dice in merito al problema del rapporto tra sciopero e libertà economiche ed anzi legittima quanto di lì a poco avrebbe affermato la Corte nelle sentenze *Viking* e *Laval*, ovvero che il riconoscimento di un diritto fondamentale non comporta una sua piena immunità dai principi del mercato interno<sup>143</sup>. In secondo luogo, la norma in questione, nell'affermare che la direttiva non incide sul diritto all'azione sindacale, nulla dice in merito all'eventuale incidenza sullo stesso diritto delle «altre» regole dell'ordinamento comunitario, fondate sul Trattato Ce o dettate da diverse fonti comunitarie (e segnatamente, dalla 96/71).

E' questa una considerazione critica che vale per tutte le disposizioni della direttiva 2006/123 finalizzate a «tranquillizzare» i sindacati<sup>144</sup>, prima fra tutte quella di cui all'art. 4.7, che potrebbe apparire una netta smentita della giurisprudenza in materia di «ostacoli» alla libertà di circolazione, tale da sconfessare l'intero impianto argomentativo adottato nei casi *Viking* e *Laval*<sup>145</sup>. In essa si afferma che «le norme stabilite dai contratti collettivi negoziati dalle parti sociali non sono considerate di per sé come requisiti ai sensi della presente direttiva», il che equivale a negare che i contratti collettivi possano considerarsi ostacoli alla libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, nell'ambito di applicazione della direttiva. Proprio quest'ultima precisazione chiarisce il significato del disposto e ne svuota la portata giuridica, riducendola alla mera ulteriore

---

<sup>142</sup> Di opinione diversa sembra Veneziani 2008 che critica la Corte per non aver tenuto conto dell'art. 1.7.

<sup>143</sup> Analogamente cfr. Novitz 2007, 375 per la quale la norma è un esempio di «*abdication of political responsibility to the Court*».

<sup>144</sup> Borelli 2008a, 132 sembra valorizzare invece la clausola di salvaguardia di cui all'art. 16.3, per la quale allo Stato dove il servizio è prestato «non può essere impedito di applicare, conformemente al diritto comunitario, le proprie norme in materia di condizioni di occupazione, comprese le norme che figurano negli accordi collettivi»; anche in questo caso tuttavia la norma, letta alla luce dell'ambito di applicazione della direttiva 2006/123, ha il semplice effetto di lasciare inalterato il quadro preesistente relativo al distacco dei lavoratori (in tal senso cfr. anche Carabelli 2007, 128). Più in generale, per una lettura «criticamente» *liberal* della direttiva «servizi» (centrata proprio sull'art. 16) cfr. G. Davies 2007, 232 ss. e Bernard 2008, spec. 360 ss.

<sup>145</sup> In tal senso cfr. Bercusson 2007, 288-289 e Ballestrero 2008, 376 che rimprovera alla Corte di giustizia di aver ignorato il disposto in questione

riaffermazione del fatto che la direttiva non si applica alle condizioni di lavoro e occupazione, quindi neppure a quelle dettate dai contratti collettivi.

In conclusione il nuovo quadro normativo non sembra offrire significativi appigli per fondare un *revirement* della Corte in relazione allo spazio da riconoscere al diritto «fondamentale» di sciopero nell'ordinamento dell'Ue. Resta da vedere se nuovo impulso ad una ripresa dell'azione politica comunitaria, eventualmente sollecitata da quella sindacale, possa venire proprio dallo «shock» provocato dalle sentenze *Viking* e *Laval*; impulso che muova verso l'affermazione di uno spazio di libertà di azione sindacale a livello comunitario, che può essere tale solo se sottratto ai vincoli del mercato interno<sup>146</sup>.

In attesa che un simile (assai difficile) scenario si concretizzi, i sindacati nazionali sono chiamati ad operare sul piano transnazionale per trovare strategie comuni di difesa dal *dumping* sociale, scèvre da ogni «sospetto» di protezionismo<sup>147</sup>, ed in questo le federazioni europee e la CES dovrebbero svolgere un ruolo decisivo. Proprio dall'esito negativo delle sentenze sin qui commentate può nascere un forte stimolo per una ripresa dell'azione sindacale capace di travalicare i confini nazionali<sup>148</sup>. Esempi di accordi «regionali» tranfrontalieri non mancano<sup>149</sup> e la cooperazione tra sindacati di paesi confinanti cresce proprio laddove più forte è il rischio di *dumping* sociale associato all'integrazione del mercato dei servizi<sup>150</sup>. Né si può ignorare che l'ingresso nel mercato comunitario sta già producendo nei paesi di nuovo accesso forti spinte rivendicative,

---

<sup>146</sup> Joerges 2007, 28 amplia la prospettiva dell'«immunità» dalle regole del mercato, richiamando la Corte ad un doveroso *self restraint* in tutti i casi in cui si prospetti un bilanciamento tra libertà economiche «comunitarie» e valori della *Sozialstaatlichkeit* europea: «*The ECJ is not a constitutional court with comprehensive competences. It is not legitimated to reorganise the interdependence of Europe's social and economic constitutions, let alone to replace the variety of European social models by a uniform Hayekian Rechtsstaat*».

<sup>147</sup> In merito cfr. le considerazioni di Sciarra 2008, 250-251.

<sup>148</sup> La necessità di sviluppare prassi negoziali transnazionale è sottolineata nella risoluzione del Comitato Esecutivo dell'ETUC adottata a Bruxelles il 5-6 dicembre 2007 (cfr. ETUC Executive Committee, *The Coordination of Collective Bargaining* 2008).

<sup>149</sup> Li richiama ancora Sciarra 2008, 259.

<sup>150</sup> Cfr. Dølvik-Eldring 2006, 213 ss. che analizzano le diverse strategie adottate dai sindacati dei paesi scandinavi per cercare di «governare» il fenomeno della migrazione «temporanea» dei lavoratori baltici. Rende conto di questi «*positive [...] developments*» anche Woolsfon 2007, 212-213 che tuttavia (a ragione) sottolinea come questi rischino di essere compromessi dalla persistente debolezza dei sindacati nei paesi dell'est, baltici in particolare.

specialmente sul piano retributivo<sup>151</sup>.

I segnali di un processo di crescita di un vero e proprio movimento sindacale europeo e transnazionale sono certo ancora deboli<sup>152</sup>, ma da questi è necessario partire, perchè ancor più che dalla aule dei tribunali è da questo piano che può venire una risposta ai dubbi ed alle inquietudini prodotti dall'accelerazione del processo d'integrazione del mercato interno.

### Riferimenti bibliografici

- Ahlberg K., Bruun N., Malmberg J. (2006), *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, Tr., p.155 ss.
- Ales E., *Transnational Wages Setting as a Key Feature of a Socially Oriented European Integration: Role of and (Questionable) Limits on Collective Action*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT - 63/2008
- Alemanno A. (2004), *A la recherche d'un juste équilibre ente libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur- Quelques réflexions à propos des arrêts Schmidberger et Omega*, Rev. Dr. Un. eur., p.709 ss
- Ballestrero M.V. (2008), *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, LD, p.371 ss.
- Baquero Cruz J. (1999), *Free Movement and Private Autonomy*, E.L.Rev., p.603 ss.
- Barnard C. (2007), *The Substantive Law of EU. The Four Freedoms*,

---

<sup>151</sup> Basti richiamare lo sciopero del marzo 2008 dei lavoratori della fabbrica del gruppo Renault che in Romania produce la *Dacia-Logan*, grazie al quale è stato ottenuto un aumento del 40% delle retribuzioni. E' solo un esempio di un processo di crescita salariale che riguarda molti paesi dell'est europeo, specialmente quelli interessati da una forte emigrazione: in Romania il tasso di crescita delle retribuzioni nominali nel 2006 è stato del 12,1% e di quasi il 19% nel settore metalmeccanico e nei paesi baltici la crescita «media» si attesta intorno al 20% (cfr. *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, 2007). All'origine della rapida crescita dei livelli retributivi c'è il «confronto» con i mercati del lavoro dell'Europa occidentale innestato dall'emigrazione «temporanea» ed ancor di più la riduzione della disoccupazione causata dal combinarsi delle delocalizzazioni con l'emigrazione ad Ovest (Meardi 2007, 510 ss.). Anche sotto questo profilo non è tuttavia lecito cedere all'ottimismo, non solo per le drammatiche condizioni di «partenza» dei lavoratori dell'est europeo, ma anche perchè, come osservano Woolfson-Sommers 2006, 67-68, proprio l'esito delle sentenze in commento può tradursi in un disincentivo per i nuovi Stati membri «to modify their industrial relations frameworks to ensure the active implementation of labour rights in line with international standards, adding yet a further twist to the downward spirals».

<sup>152</sup> Rende conto delle recenti evoluzioni del movimento sindacale «transnazionale» Gajewska 2008, 104 ss.; per un'analisi più pessimistica circa la possibilità da parte dei sindacati di superare le barriere dei mercati nazionali cfr. Bohle 2006, 57 ss.

- Oxford, Oxford UP .
- Barnard C. (2008), *Unravelling the Service Directive*, CMLR, p.323 ss.
- Bercusson B. (2007), *The Trade Union Movement and the European Union: Judgement Day*, E.L.J., p.279 ss.
- Biondi A. (2004), *Free Trade, A Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights*, EHRLR, p.52 ss.
- Bohle D. (2006), *Neoliberal Hegemony, Transnational Capital and the Terms of EU's Eastward Expansion*, Capital and Class, p.57 ss.
- Borelli S. (2008), *Social Clause in the Public Contract and Art. 49 Tce: Bad New! The Ruffert Case*, Tr. (in corso di pubblicazione)
- Borelli S. (2008a), *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, LD, p.125 ss
- Bronzini G., Piccone V. (2007), *Diritto di sciopero e libertà di circolazione nelle recenti conclusioni degli Avvocati Generali*, RCDL, p.619 ss.
- Cafaggi F. (2001), *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, PD, p.543 ss.
- Carabelli (2007), *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, RGL, p.33 ss.
- Carabelli U. (2008), *Note critiche a margine della Corte di giustizia nei casi Viking e Laval*, GDLRI, p.147 ss.
- Caruso B. (2008), *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT- 61/2008
- Corti M. (2007), *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, RGL, I, p.773 ss.
- Corti M. (2008), *Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa Sociale*, RIDL, p.247 ss.
- Dashwood A. (2007), *From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?*, in Barnard C. (a cura di), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2006-2007*, p.81 ss.
- Davies A.C.L. (2006), *The Right to Strike Versus Freedom of Establishment in EC Law: The Battle Commences*, I.L.J., p.75 ss.
- Davies G. (2007), *The Service Directive: Extending the Country of Origin Principle and Reforming Public Administration*, E.L.Rev., p.232 ss.
- Davies P. (1997), *Posted Workers Directive: Single Market or Protection of national Labour Law Systems?*, CMLR, p.571 ss.
- Di Filippo M. (2005), *Trattato CE. Art.43*, in Grandi M., Pera G. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova
- Dølvik J.E., Eldring L. (2006), *Industrial relations responses to migration*

- and posting of workers after EU enlargement: Nordic trends and differences*, Tr., p.213 ss.
- Dorssemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di) (2007), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge*, Intersentia, Antwerpen-Oxford
- Dorssemont F. (2007), *Labour law Issues of Transnational Collective Action- Comparative Report*, in Dorssemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, p.245 ss.
- Eklund R., Sigeman T., Carlson L. (2008), *Swedish Labour and Employment Law. Cases and Materials*, Iustus, Stockholm
- Esposito M. (2006), *Prestazioni transnazionali di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, DLM, p.3 ss.
- European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Pay Developments- 2006*, in [www.eurofound.europa.eu/docs/eiro/tn0704029s/tn0704029s.pdf](http://www.eurofound.europa.eu/docs/eiro/tn0704029s/tn0704029s.pdf)
- Ferrari S. (2006), *Evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto di stabilimento delle società*, DCSI, p.717 ss.
- Fili V. (2007), *Il lavoro marittimo alla ricerca del difficile equilibrio tra tutele della concorrenza e diritti dei lavoratori*, DRI, p.773 ss.
- Fitzpatrick D. (2007), *Transnational collective action: the FOC campaign case study*, in Dorssemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, p.85 ss.
- Flower J. (2007), *Negotiating the Service Directive*, Barnard C. (a cura di), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2006-2007*, p.217 ss.
- Foster D., Scott P. (a cura di) (2003), *Trade Unions in Europe. Meeting the Challenge*, Peter Lang, Bruxelles
- Franzina P. (2008), *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, LD, p.97 ss.
- Galgano F. (2001), *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna
- Gajewska K. (2008), *The Emergence of a European Labour Protes Movement?*, EJIR, p.104 ss.
- Germanotta P. (2002), *Protecting Worker Solidarity Action: A Critique of International Labour Law*, Institute of Employment Rights, London/Geneve
- Giubboni S. (2008), *Emigrazione e libera circolazione (dir. lav.)*, voce di prossima pubblicazione dell'Enciclopedia giuridica Treccani, Roma.
- Giubboni S., Orlandini (2005) G., *Lo sciopero e l'Unione europea. Appunti critici*, QRS, pp.289-309
- Giubboni S., Orlandini G. (2007), *La libera circolazione dei lavoratori*

- nell'Unione europea.*, Il Mulino, Bologna
- Gonzales G. (2003), *EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 Eugen Schmidberger v Austria*, LIEI, p.219 ss.
- Grossi P. (2007), *L'Europa del diritto*, Laterza, Bari
- Hatzopoulos V., Uyen Do T. (2006), *The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005*, CMLR, p.923 ss.
- Hepple B. (2005), *Labour Law and Global Trade*, Hart pub., Oxford and Portland, Oregon, 2005
- Jaspers T. (2007), *The Right to Collective Action in European Law*, in Dorssemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, p.23 ss.
- Joerges C. (2007), *Democracy and European Integration: A Legacy of Tensions, a Re-conceptualization and Recent True Conflicts*, EUI WP Law, n.2007/25
- Lhernould J.P. (2005), *La loi du 2 aout 2005 et le détachement transnational de travailleurs. Le plombier polonaise est-elle morte?*, DS, p.1191 ss.
- Lo Faro A. (2005), *"Turisti e vagabondi": riflessioni sulla mobilità dei lavoratori nell'impresa senza confini*, LD, p.437 ss.
- Lo Faro A., (2008), *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, LD, p.63 ss.
- Meardi G. (2007), *More voice after more exit? Unstable industrial relations in Center Eastern Europe*, I.R. Jo., p.503 ss.
- Morijn J. (2004), *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution*, E.L.J., p. 15 ss.
- Nadalet S. (2008), *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, LD, p.37 ss.
- Novitz T. (2006), *The right to strike and re-flagging in the European Union*, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, p.242 ss.
- Novitz T. (2007), *Labour Rights as Human Rights: Implications for Employers' Free Movement in an Enlarged Union*, in Barnard C. (a cura di), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2006-2007*. p.375 ss.
- Nunin R. (2001), *Il dialogo sociale europeo*, Giuffrè, Milano
- Oecd (2004), *Trade and Migration. Building bridges for global labour mobility*.
- Oliver P., Roth W-H. (2004), *The internal market and the four freedoms*, CMLR, 407 ss.
- Orlandini G. (1999), *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori*

- fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva 96/71*, ADL, p. 465 ss.
- Orlandini G. (1999a), *Libertà di circolazione delle merci: un limite "comunitario" al conflitto sindacale*, GDLRI, p.623 ss.
- Rammeloo S. (2003), *The Long and Winding Road toward Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe*, MJ, 169 ss.
- Pallini M. (2006), *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto comunitario del lavoro ha già la sua Bolkestein?*, RIDL, II, p.239 ss.
- Pallini M. (2008), *Law Shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, RGL, II, p.3 ss.
- Perulli A. (2007), *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, RIDL, I, p. 29 ss.
- Reich N. (2007), *Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights*, CMLR, 705 ss.
- Reich N. (2008), *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union- the Laval and Viking cases before the ECJ*, German Law Journal, p.125
- Sciarra S. (2008), *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, LD, p. 245 ss.
- Snell J. (2002), *Goods and Services in EC Law*, Oxford UP, Oxford
- Supiot A. (2008), *L'Europe gagnée par l'économie communiste de marché*, in <http://www.journaldumauss.net/spip.php?article283>
- van Hoek A. (2007), *Private International Law Aspect of Collective Actions- Comparative Report*, in Dorssemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, p. 425 ss.
- Veneziani B. (2008), *La Corte di giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, RGL (in corso di pubblicazione)
- Venturi P. (2007), *Italian Private International Law report*, in Dorssemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, p. 331 ss.
- Woolfson C. (2007), *Labour Standards and Migration in the New Europe: Post-Communist Legacies and Perspectives*, E.J.I.R., p. 199 ss.
- Woolfson C., Sommers J. (2006), *Mobility in Construction: European Implications of the Laval un Partneri Dispute with Swedish Labour*, E.J.I.R., p. 49 ss.