



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Giancarlo Ricci

La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"./INT – 88/2011



© Giancarlo Ricci 2011
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Catania
gricci@lex.unict.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale) *

**Giancarlo Ricci
Università di Catania**

1. Anfibologia del modello sociale europeo e delimitazione della nozione: il MSE come prodotto del processo di integrazione comunitaria attraverso il diritto. 2
2. I fondamenti *lato sensu* costituzionali del MSE: Trattati e *Bill of Rights* europei. 5
3. Il percorso del diritto sociale "europeizzato": a) l'integrazione per riflesso; b) l'integrazione mediante *hard law*; c) l'integrazione mediante *soft law* (il metodo aperto di coordinamento).11
4. La costruzione "pretoria" del MSE: gli apporti della Corte di Giustizia dell'Unione europea.17
5. I fattori endogeni di criticità e l'incerto futuro: l'economia sociale di mercato in Europa nel vortice della crisi globale.20

* Di prossima pubblicazione in B. Montanari (a cura di), *La costruzione dell'identità europea. Sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, Giappichelli, Torino, 2012.

1. Anfibia del modello sociale europeo e delimitazione della nozione: il MSE come prodotto del processo di integrazione comunitaria attraverso il diritto.

La nozione di Modello sociale europeo (d'ora in avanti MSE) è affetta da evidente anfibia¹. Fra gli scienziati sociali, prevale la tesi secondo la quale tale nozione coincida con quella di *Welfare State* e, ulteriormente, con la definizione di *Stato Sociale*, nella cui dimensione istituzionale la struttura organizzativa del *Welfare State* andrebbe a convergere². Il MSE identificherebbe, pertanto, un sistema di valori e di regole incardinato su taluni essenziali pilastri: l'espansione del diritto (e dei diritti) del lavoro, il riconoscimento delle organizzazioni sindacali sia come parte sociale sia come interlocutore politico, la diffusione capillare di forme di assistenza sociale e previdenziale, la garanzia di politiche e misure limitative del mercato e redistributive di tutele e garanzie sociali, a cominciare dall'obbligo statale di erogare assistenza sanitaria gratuita.³ La sua cifra peculiare risiederebbe, per altro verso, nel soddisfacimento dei bisogni essenziali dei cittadini, nell'impulso ai fattori della coesione sociale, nella finalizzazione della crescita economica ad obiettivi di redistribuzione di tutele e opportunità, nella limitazione dell'interesse individuale a vantaggio dell'interesse generale: un insieme di fattori tali da giustificare visioni apologetiche del MSE, vagheggiato come parte di un "sogno europeo" che suscita invidie nei *liberal* d'oltreoceano⁴.

E' evidente che, così ragionando, emergono alcuni elementi approssimativamente identificativi del modello che neppure il giurista, per sua natura il più pragmatico fra gli scienziati sociali, può certo ignorare. Tuttavia, declinare il MSE nei termini appena riferiti significa non solo adottare un approccio semplicemente descrittivo dei "tratti comuni" di un

¹ Cfr. JEPSEN, SERRANO PASCUAL, *The European Social Model: an exercise in deconstruction*, in *European Journal of Social Policy*, 2005, vol. 15, n. 3, 231.

² Cfr. KATROUGALOS, *The European Social Model in Normative Terms: Problems of Identity and Perspectives*, in *Revue européenne de droit public*, 2005, vol. 17, n. 3, 1098-1099.

³ Cfr. l'introduzione del celebre saggio di RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Laterza, Bari, 2003.

⁴ Cfr. RIFKIN, *Il sogno europeo*, Mondadori, Milano, 2004; in argomento, v. anche TELÒ, *L'Europa potenza civile*, Laterza, Bari, 2004, spec. 121 ss. Ma per una lettura che tende a sminuire la ricorrente contrapposizione fra un *welfare* istituzionale-redistributivo (quello europeo) e uno residuale (quello statunitense), mettendo per contro in risalto le tendenze al progressivo avvicinamento dei due modelli cfr. ALBER, *What the European and the American Welfare States have in common and where they differ: facts and fiction in comparisons of the European Social Model and the United States*, in *Journal of European Social Policy*, 2010, vol. 20, n. 2, 102.

fenomeno, ma per di più di un fenomeno inevitabilmente pluri-nazionale. Non siamo infatti al cospetto di *un modello*, ma di *diversi modelli*, tanti quanti gli stati nazionali che concorrono ad implementarlo⁵. Non a caso, da parte di qualcuno si è addivenuto ad un'articolazione del MSE in diversi sub-modelli, riflettenti il variegato *modus* di concepire ed elaborare le politiche sociali ed economiche nelle principali macro-regioni del continente europeo⁶.

Con ciò, non vuol certo negarsi l'importanza di un approccio che enfatizzi il processo di "ravvicinamento" dei sistemi di protezione sociale e di tutela del lavoro subordinato nei paesi dell'Europa occidentale, *in primis* come risposta al fenomeno del proto-industrialismo e agli squilibri sociali da questo determinati⁷. Né può sottacersi il fatto che lo sviluppo dei sistemi nazionali di *Welfare State* sia stato influenzato da fenomeni giuridici di primaria rilevanza, quale il diritto internazionale del lavoro, attraverso la ratifica delle prime Convenzioni dell'ILO (International Labour Organization) a presidio di diritti sociali fondamentali (o che si apprestavano a divenire tali)⁸, ma anche l'imponente processo di circolazione nei diversi paesi europei delle legislazioni sociali, attraverso le tecniche di *legal transplantation*⁹.

Resta, tuttavia, un diffuso senso di inappagamento: si ha come la sensazione che definire il MSE come puro equivalente funzionale del *Welfare State* di dimensioni europee ci costringa entro un angolo di osservazione dal quale è impossibile ricostruire il MSE in termini unitari (trascendendone dunque il carattere pluri-nazionale) e prescrittivi

⁵ Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO, *¿Un modelo social europeo o varios? Europa Social y competitividad*, in *Relaciones Laborales*, 2007, n. 22, 2; v. anche GIDDENS, *Il futuro del modello sociale europeo*, in *Italianieuropei*, 2006, n. 1, 75, secondo il quale "il MSE non è un concetto unitario, ma è un *mix* di valori, di conquiste e di aspirazioni, con forma variabile e con diverso grado di realizzazione negli Stati europei"; di formula "elusiva" che racchiude "sinteticamente ed astrattamente taluni tratti di fondo costituenti una sorta di comune *ethos* welfarista" parla GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 294, nota 5.

⁶ Cfr. in particolare SAPIR, *Globalization and the Reform of European Social Policy*, in *Journal of Common Market Studies*, 2006, vol. 44, n. 2, 375 ss., che distingue quattro tipologie di modello sociale europeo: nordico, anglo-sassone, continentale e mediterraneo. La partizione è ripresa da PINELLI, *Modello sociale europeo e costituzionalismo sociale europeo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 253, proprio per suffragare la tesi di una "perdurante pluralità di modelli sociali radicati in diverse aree del continente".

⁷ Cosa che, però, è intuibilmente ben diversa dalla configurazione di un vero e proprio Stato sociale europeo: sulle ragioni della sua ontologica "impossibilità" v. ancora PINELLI, *op. cit.*, 259 ss.

⁸ Cfr. MURRAY, *Transnational Labour Regulation: the ILO and EC Compared*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2001.

⁹ Cfr. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Modern Law Review*, 1974, n. 1, 1.

(superando cioè l'esito descrittivo e fenomenologico indotto dall'approccio "welfaristico")¹⁰.

Tale esigenza è soddisfatta da quella prospettiva di analisi che individua nel MSE la risultante di un epocale processo d'integrazione attraverso il diritto¹¹, iniziato più di cinquant'anni or sono e ancora in pieno svolgimento: mi riferisco, com'è ovvio, al sistema giuridico della Comunità Economica Europea, divenuta poi Comunità Europea e trasformatasi, più di recente, in Unione Europea¹². Un ordinamento cui si deve un doppio effetto di "fondazione" giuridica del MSE: in direzione *ascendente* (la creazione dell'ordinamento comunitario come sistema giuridico autonomo da quello degli Stati membri e destinato a un ruolo di formale supremazia) e *discendente* (le conseguenze della *europaizzazione* sugli ordinamenti nazionali: fenomeno altresì noto come di *comunitarizzazione* del diritto interno)¹³.

In tal modo, il MSE cessa di essere un modello "per convergenza", generato dal ravvicinamento dei singoli *Welfare State* nazionali, e diviene un modello "per omogeneizzazione", strutturato intorno a sempre più perfezionati cataloghi di diritti sociali fondamentali, regolati da fonti del diritto comunitario che, nell'integrazione fra ordinamenti, o esplicano effetti di diretta conformazione dei sistemi giuridici nazionali o addirittura *si fanno* diritto interno, contribuendo così a dare impulso ad un processo di armonizzazione di principi e di regole (formanti il diritto sociale comunitario) che strutturano la dimensione normativa del MSE. La codificazione, entro la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (approvata a Nizza nel 2000 e riproclamata a Strasburgo nel 2007), delle diverse "generazioni" di diritti "inventate" dal costituzionalismo nazionale ed internazionale (fra i quali in particolare i diritti sociali), nonché l'impulso, da parte della Carta, a processi di più intensa integrazione fra la dimensione nazionale ed europea¹⁴, rendono inoltre il MSE parte

¹⁰ V. ancora KATROUGALOS, *op. cit.*, 1095 e *passim*.

¹¹ A quanto consta, la paternità della locuzione risale a CAPPELLETTI, SECCOMBE, WEILER (eds.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Vol. I, de Gruyter, Berlin, 1986.

¹² Cfr. MOREAU, *Introduction*, in Moureau (ed.), *Before and After the Economic Crisis: What Implications for the "European Social Model"?*, Elgar, Cheltenham, 2011, 1; nonché, sin d'ora, TER HAAR, COPELAND, *What are the Future Prospects for the European Social Model? An Analysis of EU Equal Opportunities and Employment Policy*, in *European Law Journal*, 2010, vol. 16, n. 3, 276 ss.

¹³ Cfr. GRAZIANO, *Europeizzazione: vaso di Pandora o lanterna di Diogene?*, in Ferrera, Giuliani (a cura di), *Governance e politiche nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, 209.

¹⁴ Cfr. *infra*, par. 2.

essenziale di un progetto politico¹⁵, solo scalfito dalla mancata "costituzionalizzazione" formale della Carta (a seguito delle note vicende referendarie in Francia e in Irlanda), in ogni caso insignita, con il Trattato di Lisbona, del rango di equipollenza con "il diritto dei Trattati".

Al processo di costruzione giuridica del MSE sono dedicate le pagine che seguono, in una prospettiva diacronica che, dopo avere fatto emergere il fondamento (para)costituzionale del MSE, ne individua i più significativi momenti di *enforcement* nello spazio giuridico europeo, attraverso le fonti, le politiche, la giurisprudenza. La parte conclusiva del contributo sarà dedicata ad una breve riflessione sulle nuove e complesse sfide che il MSE, dopo i fondamentali passaggi istituzionali del 2007 (Lisbona e Strasburgo), è chiamato ad affrontare, con dinanzi l'incerto obiettivo, proclamato proprio a Lisbona, della costruzione di una "economia sociale di mercato" pan-europea. Obiettivo che appare quantomai a rischio, a fronte del rutilante dipanarsi di una crisi economico-finanziaria di origine globale ma che, negli ultimi mesi, ha drammaticamente spostato il suo epicentro proprio nel cuore della vecchia Europa.

2. I fondamenti *lato sensu* costituzionali del MSE: Trattati e *Bill of Rights* europei.

L'Unione europea, a distanza di oltre cinquant'anni dalla sua "creazione", è ancora priva di una Costituzione. Tuttavia, non si può parlare di un *deficit* di costituzionalismo. Infatti, tale entità sovranazionale è contraddistinta da un costituzionalismo *diffuso* – si è parlato al riguardo di un vero e proprio "mosaico costituzionale"¹⁶ – che ritrova la propria principale espressione nei Trattati (da quello istitutivo stipulato a Roma nel 1957 sino agli attuali Trattati sull'Unione Europea e sul Funzionamento dell'Unione Europea) o, meglio, in quei capitoli dei Trattati che disciplinano, al pari delle Costituzioni nazionali, i principi, gli organi, le procedure, le fonti del diritto: in sostanza la "struttura" istituzionale che sovrintende al funzionamento dell'UE¹⁷.

¹⁵ Cfr. JEPSEN, SERRANO PASCUAL, *op. cit.*, 235. Il più importante strumento "definitorio" del Modello sociale come pilastro del progetto politico europeo resta il Libro Bianco sulla politica sociale europea esitato nel 1994 dalla Commissione europea presieduta da Jacques Delors (COM(94) 333 final, Brussels, 27.7.1994).

¹⁶ MC AMHLAIGH, *The European Union's Constitutional Mosaic: Big 'C' or Small 'C', Is That the Question?*, University of Edinburgh School of Law WPS, no. 2010/31.

¹⁷ Cfr. CASSESE, *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2001, 907 ss.; BARBERA, *Esiste una Costituzione europea?*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 59 ss.; *contra* ANZON, *La Costituzione europea come problema*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, spec. 645 ss. Per una sintesi delle posizioni favorevoli e contrarie v. comunque CARETTI, *La dimensione sovranazionale*, in Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione*.

Nell'ottica del processo di costruzione del MSE, quel che maggiormente ha assunto rilievo, tuttavia, è l'intreccio normativo fra le disposizioni dei Trattati che hanno progressivamente instillato la finalità di tutela dei diritti sociali dentro i principi generali dell'ordinamento comunitario e quelle altre che, in corso crescente di tempo, hanno moltiplicato le "basi giuridiche" della normativa comunitaria derivata in materia sociale.

Su quest'ultimo punto, in particolare, la parabola evolutiva va dal "minimo" del Trattato di Roma al "picco" del Trattato di Amsterdam del 1997¹⁸. Se, infatti, nel Trattato fondativo della Comunità economica europea il diritto sociale non disponeva di "basi giuridiche" proprie - al punto che la prima stagione dell'integrazione mediante direttive verrà affidata alla mediazione di disposizioni che autorizzano misure di ravvicinamento fra gli ordinamenti nazionali nella logica dell'unificazione del mercato (art. 100 e 235 del Trattato di Roma, ora rispettivamente artt. 115 e 352 TFUE) - dopo Amsterdam, superata la diaspora britannica, il diritto sociale (e le politiche sociali) si dispongono a fare il "pieno" di competenze comunitarie¹⁹, per di più con un deciso ampliamento delle materie su cui è possibile adottare direttive a maggioranza qualificata e non all'unanimità²⁰, oltre che con l'introduzione nel Trattato del titolo VIII sull'occupazione (ora titolo IX TFUE), da cui origina una nuova modalità di "integrazione attraverso il diritto" non più nella forma classicamente *hard*, bensì attraverso processi di convergenza

L'esperienza delle democrazie repubblicane, Laterza, Bari, 2009, 178. Particolare rilevanza, sotto il profilo dell'adesione dell'Unione europea ai canoni del costituzionalismo, ai più recenti passaggi istituzionali culminati nel Trattato di Lisbona è attribuita da MANGIAMELI, *Il disegno istituzionale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, 377 ss.

¹⁸ Cfr. MICKLITZ, *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Developments of the European Social Model in Anti-Discrimination and Consumer Law*, in Neergard, Nielsen, Roseberry (eds.), *The Role of Courts in Developing a European Social Model. Theoretical and Methodological Perspectives*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, 36.

¹⁹ Certamente oltre la tutela dell'ambiente di lavoro, sino a ricomprendere le condizioni di lavoro, l'informazione e la consultazione dei lavoratori, l'integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro (art. 137, ora art. 153 TFUE).

²⁰ Oltre alle materie indicate nella nota precedente, v. le innovative disposizioni dell'art. 13 (ora art. 19 TFUE), che autorizza l'adozione di misure per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali e dell'art. 141 (ora art. 157 TFUE), sull'adozione di misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (comma 3), precisando tuttavia che il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali (comma 4).

nazionale indotti dalla *soft law* comunitaria²¹; restano fuori, invece, dallo spettro di attribuzioni le materie delle retribuzioni, del diritto di associazione, del diritto di sciopero e di serrata.

Fra Roma ed Amsterdam si collocano le essenziali tappe dell'Atto Unico Europeo (1986)²², con l'introduzione della prima base giuridica "pesante", vale a dire l'art. 118A (ora art. 153 TFUE), che autorizza l'adozione a maggioranza qualificata di direttive contenenti prescrizioni minime in materia di tutela dell'ambiente di lavoro per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori: innovazione che, partita quasi in sordina, si rivelerà "un terreno fertile per l'avvio di sviluppi legislativi e anche giurisprudenziali"²³; ma anche il passaggio contrassegnato dall'approvazione del Protocollo sulla politica sociale "allegato" al Trattato di Maastricht (1992) che sancisce, *inter alia*, l'istituzione del dialogo sociale finalizzato alla stipula di accordi collettivi a livello europeo, oltre ad anticipare, per così dire, le misure di ampliamento delle competenze comunitarie, in quella fase limitatamente agli undici stati aderenti al Protocollo con l'autoesclusione della Gran Bretagna, ma poi destinate a confluire, stavolta con il pieno coinvolgimento del *partner* inglese, nel Trattato di Amsterdam²⁴.

Con i Trattati di Nizza (2000/2001) e di Lisbona (2007), infine, si assiste ad una "manutenzione" dell'assetto pregresso. Il TFUE, formalmente in vigore dal 1° dicembre 2009, riflette in verità lo stato delle competenze definitosi in corso di tempo²⁵, metabolizzando tuttavia alcune non irrilevanti novità introdotte appunto dagli ultimi due Trattati: in particolare, una più ampia ed esplicita legittimazione del ruolo delle parti sociali europee con relativo sostegno al dialogo sociale e alla contrattazione collettiva, ma anche l'estensione del metodo del coordinamento "ora visibile pure nelle disposizioni sulle competenze (art.

²¹ V. *infra*, par. 3.

²² Per CARINCI, *Piano, piano, dolce Carlotta: cronaca di un'Europa in cammino*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 55, "con l'Atto unico europeo il processo europeo cambiava passo, innescando un *continuum* di Trattati modificativi" all'insegna della diffusione del verbo dell'Europa sociale.

²³ SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in Sciarra, Caruso (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea. Vol. V. Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2009, 11.

²⁴ Per una più puntuale ricostruzione, oltre a SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo*, cit., 10 ss., cfr. ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un'analisi "genealogica"*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 531 ss.; CARINCI, *op. cit.*, 51 ss.

²⁵ Cfr. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro*, in *Revista del Ministerio de Trabajo y Inmigración*, 2011, n. 92, 75 ss.

5, comma 3 TFUE)”, con un apparente ampliamento tematico, pertanto, dei processi di convergenza tramite strumenti *soft*²⁶.

Come si può desumere dal silenzio mantenuto sino a questo punto, nei Trattati, quantomeno sino a Lisbona, non si ritrovano però “i diritti”. Come dire che una delle più rilevanti scaturigini della stagione del costituzionalismo democratico²⁷ per lungo tempo non ha ritrovato diretta espressione negli atti fondativi dell’ordinamento giuridico europeo, il che ha contribuito ad alimentare ulteriormente il dibattito intorno allo strutturale *deficit* costituzionalistico del sistema giuridico comunitario²⁸.

Tuttavia, bisogna riconoscere che il percorso che conduce al riconoscimento formale dei diritti sociali è più articolato rispetto a quelli che determinano l’emersione di altre categorie di diritti. In realtà, sin da subito emerge l’esigenza di documenti (esterni ai Trattati) contenenti un’elencazione dei diritti sociali meritevoli di tutela in ambito europeo. La mente corre alla Carta sociale europea adottata in seno al Consiglio d’Europa nel 1961 (e successivamente oggetto di revisione nel 1996)²⁹, nonché alla più recente Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, approvata dal Consiglio europeo di Strasburgo nel dicembre 1989, con l’eccezione della riottosa Gran Bretagna, su decisivo impulso della Commissione presieduta da Jacques Delors³⁰. Entrambi i documenti non assunsero efficacia cogente, ma valenza meramente programmatica, anche se, con il Trattato di Amsterdam, i diritti ivi elencati diventano fonti di diretta ispirazione delle politiche sociali europee, ai sensi dell’art. 136 (ora art. 151.1 del TFUE)³¹.

²⁶ CARUSO, *Introduzione. I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, 9. Per più approfondite analisi e riflessioni v. ALAIMO, CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l’Europa sociale nel Trattato di Lisbona*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT, n. 82/2010; GIUBBONI, *I diritti sociali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, Relazione al convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Perugia, 25 e 26 marzo 2011; SCHMITT, *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, in *Droit Social*, 2010, spec. 690 ss.; VENEZIANI, *L’art. 152 del Trattato di Lisbona: quale futuro per i social partners?*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, 243 ss.

²⁷ Cfr. specialmente FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Bari, 2009, 89 ss.

²⁸ V. riferimenti cit. *supra*, nota 17.

²⁹ In dottrina, da ultimo, OLIVERI, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 509.

³⁰ Cfr. DE LUCA, *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: profili problematici e prospettive*, in *Foro it.*, 1990, V, 129; LA MACCHIA, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 769.

³¹ “L’Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell’occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che

Le ultime vicende, successive all'adozione, in occasione del Consiglio di Nizza, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), sono troppo note per ritornarci con dovizia di particolari³². Derubricata da Carta costituzionale europea al minor rango di *Bill of Rights*, la CDFUE è stata riproclamata, con adattamenti, a Strasburgo e, in questa definitiva veste, opera ora *pleno iure* nello scenario istituzionale sovranazionale, anche perché l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea le ha riconosciuto "lo stesso valore giuridico dei trattati"³³.

I diritti sociali inclusi nella CDFUE si ritrovano, principalmente ma non solo, nel titolo IV sulla Solidarietà. Il ventaglio è ampio ed include, in primo luogo, il diritto della persona a potere fruire di adeguati e gratuiti servizi di collocamento (art. 29), posto che, ai sensi dell'art. 15, "ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata"; seguono il diritto del lavoratore alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30) nonché a condizioni di lavoro giuste ed eque nel luogo di lavoro (art. 31); ancora, si prefigura il divieto di lavoro minorile, cui si lega la garanzia di un'ampia tutela delle condizioni lavorative dei giovani (art. 32); non manca poi il riconoscimento del diritto alla conciliazione fra la vita familiare e la vita professionale cui sono finalizzate le tutele contro il licenziamento per causa di maternità e i diritti ai congedi di maternità e parentali (art. 33). La tutela contro le discriminazioni e la parità fra uomini e donne anche in materia di lavoro, occupazione e retribuzione sono assicurate dagli artt. 21 e 23, racchiusi nel Titolo III in materia di uguaglianza. Ancora, si distingue il riconoscimento del diritto di associazione "in campo sindacale"

consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione"; sul punto cfr. ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria*, cit., 535.

³² Per una ricostruzione della tempistica degli eventi che hanno condotto all'approvazione della Carta, v. comunque FALLETTI, *Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Digesto*, sez. civile, Aggiornamento, 2010, 5 ss.; ANDERSON, MURPHY, *The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe*, EUI WP, Department of Law, no. 2011/09.

³³ Cfr. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 222: "la Carta dei diritti, tuttavia, rimane un documento a sé stante, non viene ricompresa formalmente nei trattati istitutivi, preservando una sua autonomia. Questa scelta si spiega bene con lo spirito di Lisbona: evitare ogni simbolo di natura costituzionale, per non incorrere in un secondo fallimento, senza però retrocedere sostanzialmente dagli obiettivi perseguiti nella stagione "costituzionale". In base al nuovo art. 6 il valore giuridico della Carta è assicurato. D'altra parte, essa rimane "esterna" ai trattati, affinché questi non assumano una veste troppo spiccatamente costituzionale"; v. anche SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corriere giuridico*, 2010, n. 2, 148, nonché PACIOTTI, *Democrazia ed Europa*, in Bovero, Pazè (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Bari, 2010, spec. 149 ss.

(art. 12), cui si raccordano l'art. 27 in materia di informazione e consultazione individuale e collettiva e, soprattutto, l'art. 28 che tematizza il diritto di negoziazione collettiva e di azione sindacale, compreso il diritto di sciopero. L'art. 34, infine, sancisce il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali, ma anche il diritto all'assistenza sociale e abitativa³⁴.

Pur scontando talune omissioni - si pensi al silenzio sul diritto del lavoratore alla giusta retribuzione per contro espressamente sancito dalla Carta dei diritti sociali fondamentali del 1989 - presumibilmente indotte dall'esigenza di "non dare l'impressione" di un ampliamento delle competenze dell'Unione,³⁵ la CDFUE svolge l'importante funzione di canonizzare a livello sovranazionale i diritti individuali, collettivi, previdenziali-assistenziali, desumibili dal "patrimonio costituzionale" europeo ed internazionale, con il quale la CDFUE va beneficamente ad intrecciarsi, come si evince sia dall'art. 52, sia soprattutto dall'art. 53, che introduce una sorta di clausola di salvaguardia del superiore livello di protezione eventualmente assicurato dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali (in particolare la Carta europea dei diritti dell'uomo), dalle costituzioni degli stati membri. Ne scaturisce un costituzionalismo *multilivello* ma non parcellizzato, bensì interrelato in una logica di nessi e legami fra le diverse dimensioni istituzionali³⁶. Sicché, pure laddove non si escludono limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla CDFUE, ciò può avvenire solamente attraverso "la legge" e in ogni caso preservando il "contenuto essenziale di detti diritti e libertà" (art. 52.1).

Del resto, che la CDFUE vada presa sul serio è confermato dalla Comunicazione della Commissione sulla "strategia per un'attuazione effettiva della Carta" (19 ottobre 2010), che promuove in particolare l'integrazione della CDFUE all'interno del processo legislativo comunitario (in tutte le sue fasi: dall'ideazione della proposta alla valutazione d'impatto), sensibilizzando la Commissione a vigilare in ordine al rispetto

³⁴ Per una recente ricostruzione NEERGARD, *In Search of the Role of "Solidarity" in Primary Law and the Case Law of the European Court of Justice*, in Neergard, Nielsen, Roseberry (eds.), *The Role of Courts*, cit., 114-115.

³⁵ Peraltro, che la CDFUE "non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati" è precisato *ad abundantiam* dall'art. 51.2 della CDFUE.

³⁶ Cfr. CARUSO, *Costituzione europea e diritti sociali: lo stato dell'arte*, in Caruso, Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP CSDL "Massimo D'Antona". *Collective Volumes*, n. 1/2011, 22; v. anche DELLA CANANEA, *Is European Constitutionalism really multilevel?*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, vol. 70, n. 2, 283 ss.

della CDFUE da parte degli Stati membri, nell'attuazione del diritto dell'Unione³⁷.

La giurisprudenza, dal canto suo, muove anch'essa i primi timidi passi in questa direzione. Anche grazie all'*imprinting* relativo alla sua efficacia giuridica (art. 6 TUE), sta infatti emergendo una dimensione "giudiziale" della CDFUE, pure in questo caso secondo una logica *multilevel* che coinvolge, nell'implementazione dei principi ivi contenuti, i giudici nazionali, la Corte di Giustizia dell'UE, sino alla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo³⁸.

3. Il percorso del diritto sociale "europeizzato": a) l'integrazione per riflesso; b) l'integrazione mediante *hard law*; c) l'integrazione mediante *soft law* (il metodo aperto di coordinamento).

E' comunque fuor di dubbio che l'impatto del processo di integrazione attraverso il diritto sul "modello sociale europeo" sia principalmente avvenuto attraverso la legislazione comunitaria derivata, pur secondo una scansione degli apporti normativi "graduale e frammentaria"³⁹.

a) L'integrazione per riflesso.

La dimensione primigenia del processo è ispirata ad un certo "minimalismo regolativo" e s'identifica nella c.d. integrazione "negativa" o "per riflesso". Alle origini del sistema giuridico comunitario, la realizzazione delle quattro "libertà" (di circolazione di merci, persone, servizi, capitali) come codificata dall'art. 3 del Trattato di Roma, emerge come perno del progetto di unificazione del mercato comune, quasi una scelta "di sistema"⁴⁰. La rimozione degli ostacoli al libero mercato rappresenta infatti, in questa prima fase, la preoccupazione dominante delle istituzioni comunitarie e degli stati membri, rendendo gli obiettivi di protezione e di uguagliamento sociale meramente ancillari – e per certi versi consequenziali - rispetto alle finalità economiche.

Ciò si desume con chiarezza dal combinato disposto degli artt. 100 (ora art. 115 TFUE) e 117 (ora art. 151 TFUE) del Trattato di Roma. Se,

³⁷ COM(2010) 573 def., Bruxelles, 19.10.2010.

³⁸ Cfr. BRONZINI, Happy birthday: *il primo anno di obbligatorietà della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Caruso, Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana*, cit., 26 ss.

³⁹ Cfr. MOREAU, *op. cit.*, 1.

⁴⁰ Cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 2001, 25. L'impostazione irtiana è ripresa, di recente, da BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 329 ss.

infatti, il secondo promuove il "miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera che consenta la loro parificazione nel progresso" ciò avviene principalmente come effetto deterministico dell'integrazione dei mercati; e, in ogni caso, la petizione è di principio e sprovvista di risvolti regolativi, mentre la base giuridica per l'adozione di direttive "volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli stati membri" (come si dirà fra breve, anche in materia sociale) si ritrova nell'allora art. 100 del Trattato, che ne orienta l'incidenza "sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune"⁴¹.

La libera circolazione delle persone – nella sua specifica declinazione di libera circolazione dei lavoratori (art. 48 del Trattato, ora art. 45 TFUE) – ha costituito uno degli *asset* del processo di unificazione del mercato attraverso le libertà, trattandosi di rimuovere le consolidate barriere nazionali alla mobilità *intracomunitaria* di quello speciale fattore della produzione rappresentato dalle risorse umane nel mercato del lavoro. Allo stesso tempo, "l'implicazione della persona nell'esercizio della libertà economica in questione" rendeva "questa irriducibile alla pura e semplice logica di mercato"⁴², sicché la sua realizzazione finirà per esprimere importanti riverberi sullo "status sociale" del lavoratore europeo⁴³, accresciuti in corso di tempo dal ricco *corpus* di legislazione derivata sulla libera circolazione dei lavoratori⁴⁴.

b) L'integrazione mediante *hard law*.

Il diritto sociale comunitario non impiegherà però molto tempo a sganciarsi dalle logiche dell'integrazione economica per divenire "adulto".

E' *communis opinio* che il processo di autonomizzazione prenda le mosse dall'estesa "valorizzazione" dell'originario art. 119 del Trattato (ora art. 157.1 TFUE). Di questa disposizione, che fissava il principio di parità

⁴¹ Cfr. ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria*, cit., 529-530; CARINCI, *op. cit.*, 49.

⁴² Cfr. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in Sciarra, Caruso (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, cit., 493.

⁴³ Cfr. POIARES MADURO, *European Constitutionalism and Three Models of Social Europe*, in Hesselink (ed.), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, The Hague, 2006, 129 ss.

⁴⁴ *Magna pars* della disciplina è ora contenuta nel Regolamento UE n. 492/2011 (che ha incorporato, abrogandolo, lo "storico" regolamento CEE n. 1612/68) e, per il segmento relativo alla sicurezza sociale dei migranti, nel Regolamento UE n. 883/2004: per un'esauritiva ricostruzione del sistema di norme, oltre ad ORLANDINI, *op. cit.*, cfr. anche ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in Strozzi (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Giappichelli, Torino, 2010, 95 ss.; con riferimento alla sicurezza sociale dei lavoratori migranti v. inoltre OLIVELLI, *Europa e armonizzazione previdenziale*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, 2011, 1243.

di trattamento retributivo fra lavoratori e lavoratrici, si è soliti sottolineare il carattere bifronte. Concepito come strumento di equo allineamento dei mercati nazionali interni alla comunità – mediante contrasto al *dumping* sociale determinato dalle disparità retributive fra lavoratori di diverso sesso, con effetti di distorsione della concorrenza sullo specifico versante del costo del lavoro – l'art. 119 del Trattato inglobava un rilevante potenziale di tutela sociale, espressosi a partire dalla famosa sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Defrenne*⁴⁵, e poi consacrato dall'approvazione delle due direttive di parità (n. 75/117/Ce e n. 76/207/Ce) che, pur non formalmente basate sull'art. 119 del Trattato (che, del resto, di per se non costituiva "base giuridica")⁴⁶, erano ispirate agli obiettivi ivi fissati, come attestato dall'esplicito richiamo contenuto nei *considerando* di entrambe le direttive. Da allora, la tutela antidiscriminatoria – e in tempi più recenti – la promozione delle pari opportunità "di genere" conosceranno uno sviluppo considerevole, sia all'interno dei Trattati e delle Carte dei diritti⁴⁷, che nella legislazione derivata, trasformandosi in uno dei capitoli quantitativamente e qualitativamente più significativi del diritto sociale europeo⁴⁸.

Ma è tutta la legislazione sul diritto sociale comunitario che, a partire dalla seconda metà degli anni '70, registrerà significativi progressi, che condurranno all'elaborazione dell'*acquis (sociaux) communautaire*. Tale processo si articola *grosso modo* in tre fasi, coincidenti con le tre "componenti *hard*" dell'*acquis*⁴⁹.

1) La prima componente è costituita dalle cc.dd. direttive sulle crisi, che definiscono strumenti sovranazionali di contrasto avverso i licenziamenti collettivi generati da situazioni di crisi aziendale (direttiva n. 75/129/Ce) o di salvaguardia dei diritti dei lavoratori in presenza di una cessione di azienda (direttiva n. 77/187/Ce), cui si aggiungerà, di lì a poco, la direttiva di tutela dei diritti dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro (direttiva n. 80/987/Ce). Beninteso, tali atti normativi non erano adottabili in forza di specifica "base giuridica", non foss'altro

⁴⁵ Cfr. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo*, cit., 6; nonché LOI, *La crisi economica e il diritto sociale europeo tra nuovi rischi e nuove solidarietà*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., 1223, che alla "lettura economica" della norma preferisce contrapporre una concezione "genuinamente sociale" della stessa.

⁴⁶ Come ricorda ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria*, cit., 530, le due direttive furono rispettivamente approvate sulla base dei "vecchi" artt. 100 e 235 del Trattato, quest'ultima costituente una sorta di base giuridica suppletiva, utilizzabile in carenza di fondamenti specifici.

⁴⁷ V. *supra*, par. 2.

⁴⁸ Cfr. VALLAURI, *Rapporto di lavoro e appartenenza di genere*, in Sciarra, Caruso (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, cit., 217 ss.

⁴⁹ Cfr. TER HAAR, COPELAND, *op. cit.*

perché, come si è detto, il Trattato di Roma difettava di basi giuridiche in materia sociale. Ad esse si arriva, dunque, attraverso il *medium* dell'art. 100 del Trattato, prima richiamato. Questo basterà a giustificare ricorrenti opinioni minimaliste, ben attente a non riconoscere a queste direttive che un carattere meramente "procedurale". Una valutazione ingenerosa e che non tiene, per così dire, alla prova del tempo. Pur concepite in un contesto politico e giuridico dominato dalle preoccupazioni economiche e sprovviste di una diretta base giuridica, il tritico delle direttive sulla crisi, oltre a riverberare importanti effetti sugli ordinamenti lavoristici nazionali⁵⁰, manifesterà una significativa vitalità, dimostrata dai periodici interventi di manutenzione, sino all'approvazione delle recenti direttive di "rifusione"⁵¹.

2) La seconda componente *hard* dell'*acquis* coincide con il vasto repertorio delle direttive fondate sull'allora art. 118A del Trattato di Roma, introdotto, come si è visto in precedenza, dall'Atto Unico Europeo del 1986. La vicenda istituzionale è assai rilevante perché segna il riscatto della dimensione sociale europea dall'oblio nel quale era stata precipitata per alcuni anni dall'ostruzionismo britannico, "figlio" delle politiche neo-liberiste del Primo Ministro Thatcher⁵². Intorno al centro gravitazionale costituito dalla direttiva n. 89/391/Cee in materia di tutela della salute e sicurezza nell'ambiente di lavoro si andrà assestando, infatti, una galassia di direttive minori (c.d. direttive "figlie" con carattere di tutela settoriale o categoriale), ma anche alcune direttive di rilevante importanza, come quella sulla tutela della lavoratrice in gravidanza o maternità (n. 92/85/CE) o in materia di organizzazione dell'orario di lavoro (n. 93/104/CE, poi trasfusa nella direttiva di codificazione n. 2003/88/CE)⁵³.

3) Il processo d'integrazione mediante direttive conosce un'ulteriore fase di sviluppo in coincidenza con la seconda metà degli anni '90. In quel tempo, si approvano le direttive sui lavori flessibili (lavoro a termine, *part-time*, mentre si avvia un percorso che condurrà, diverso

⁵⁰ In tal senso da ultimo LOI, *op. cit.*; v. anche ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria*, cit., 531. Per un riepilogo delle questioni si rinvia comunque a LO FARO, *Le direttive in materia di crisi e ristrutturazione d'impresa*, in Sciarra, Caruso (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, cit., 392 ss.

⁵¹ Cfr. le direttive nn. 98/59/CE sui licenziamenti collettivi, 2001/23/CE sui trasferimenti d'azienda e 2008/94/CE sulla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza datoriale.

⁵² Ma come sottolineano JOERGES, SICILIANO, *Può lo stato sociale sopravvivere all'integrazione europea?*, 2011, 3, www.europeanrights.eu, anche in altre parti d'Europa (e segnatamente in Germania attraverso l'operato della Banca federale tedesca) si assiste a quel tempo al predominio delle politiche economiche "monetariste".

⁵³ Su questo segmento della produzione normativa comunitaria si rinvia a RICCI, *Tutela della salute e orario di lavoro*, in Sciarra (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 51 ss.

tempo dopo, all'adozione della direttiva sul lavoro temporaneo)⁵⁴, peraltro di ricezione di accordi collettivi quadro conclusi ai sensi delle disposizioni dell'APS allegato al Trattato di Maastricht e poi confluite nel Trattato di Amsterdam; ma anche anni in cui si avvia la gestazione delle direttive sulla tutela contro le discriminazioni per ragioni diverse da quelle di genere, in base all'art. 13 del Trattato di Amsterdam (ora art. 19 TFUE), direttive che vedranno formalmente la luce nel 2000⁵⁵.

E' interessante rilevare come questa fase segni il culmine e, contestualmente, il declino del processo di integrazione mediante *hard law*. Le riferite direttive segnano infatti la svolta verso la stagione delle fonti *soft* o leggere del diritto sociale⁵⁶. In particolare, le direttive sui lavori flessibili (ma, a stretto rigore di termini, tale giudizio andrebbe riferito anche alla precedente direttiva sull'organizzazione dell'orario di lavoro) di "duro" mantengono la veste formale e alcune disposizioni di principio, connotandosi per il resto per ampie concessioni ai meccanismi della derogabilità e opzionalità in ambito statale, anche mediante la contrattazione collettiva o le "prassi nazionali". E' la ragione per la quale un'influente dottrina anglosassone ha parlato di direttive di armonizzazione "riflessiva"⁵⁷, evidenziandone l'idoneità a innescare complesse dinamiche nazionali di adattamento, variabili sia dal punto di vista delle fonti che dei concreti esiti regolativi.

c) L'integrazione mediante *soft law* (il metodo aperto di coordinamento).

La più recente fase del processo d'integrazione mediante il diritto non può essere compiutamente compresa al di fuori di un più generale ragionamento sugli strumenti del "pluralismo regolativo" che hanno interessato il diritto sociale europeo dalla seconda metà degli anni '90 in avanti⁵⁸.

⁵⁴ Direttive nn. 97/81/CE (part-time), 99/70/CE (contratto di lavoro a tempo determinato), 2008/104/CE (lavoro tramite agenzia interinale), sulle quali cfr. ZAPPALA, *I lavori flessibili*, in Sciarra (a cura di), *Manuale*, cit., 133 ss.

⁵⁵ Direttive nn. 2000/43/CE che attua il principio della parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro: cfr. MILITELLO, *Le nuove discriminazioni*, in Sciarra, Caruso (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, cit., 273 ss.

⁵⁶ Cfr. CARINCI, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁷ Da ultimo v. DEAKIN, ROGOWSKI, *Reflexive Labour Law, Capabilities and the Future of Social Europe*, University of Warwick School of Law, Legal Studies Research Paper, no. 2011-04.

⁵⁸ Per una compiuta analisi cfr. CARUSO, *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 39/2005.

Mentre infatti le direttive sui lavori flessibili si facevano più leggere e adattabili, proponendosi di contemperare gli effetti di protezione sociale con le capacità di stimolo "occupazionale" proprie di tali tipologie contrattuali⁵⁹, con il Trattato di Amsterdam e il successivo Consiglio di Lussemburgo si inaugurava uno strumento del tutto innovativo quale la Strategia europea per l'occupazione (SEO). Una tecnica di regolamentazione dell'ostica materia occupazionale tipicamente flessibile, in virtù della quale gli attori sovranazionali influiscono sulle *policies* (e sul diritto) nazionali senza ricorrere alla fonte *hard* di armonizzazione, bensì attraverso moduli di coordinamento, incentrati su fonti e procedure *soft*, incidenti sui contenuti delle politiche e sui risultati attesi. Il tutto sotto il costante controllo delle istituzioni comunitarie, alle quali è appunto affidata la fase d'impulso, ma anche il monitoraggio in corso d'opera sugli esiti della procedura⁶⁰.

Il carattere "adattivo" e non "impositivo" di tale strumento ha condotto molti a revocarne in dubbio l'idoneità a fungere da tecnica di integrazione comunitaria. Vale la pena sottolineare, tuttavia, come essa abbia pragmaticamente rappresentato l'unica strada per superare il tradizionale nazionalismo regolativo in materia di politiche per l'occupazione; peraltro, inducendo non scontati effetti di ravvicinamento dei sistemi europei, per la parte relativa appunto agli strumenti di promozione dell'occupazione, anche per l'utilizzo di modalità operative che hanno conosciuto una rilevante diffusione pure al di fuori della SEO (si pensi a tematiche come la lotta contro l'esclusione sociale o la modernizzazione dei sistemi di protezione sociale⁶¹) come il *benchmarking*, la *peer review*, il confronto fra le *best practices* nazionali⁶².

⁵⁹ Cfr. GIUBBONI, *La protezione dei lavoratori non-standard nel diritto dell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, spec. 267 ss.

⁶⁰ Per una più ampia illustrazione sia consentito rinviare a RICCI, *Commento al Titolo VIII – Occupazione*, in Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2004, 742 ss.

⁶¹ L'UE ha sottoposto a disciplina mediante regolamenti comunitari la sicurezza sociale dei lavoratori migranti, attribuendo invece alla *soft law* la funzione di coordinare le politiche degli Stati membri al fine di "modernizzare la protezione sociale": cfr. OLIVELLI, *op. cit.*

⁶² SACCHI, *Governance e coordinamento aperto delle politiche sociali*, in Ferrera, Giuliani (a cura di), *Governance e politiche nell'Unione europea*, cit., 271; nel senso che la SEO abbia rappresentato la sola innovazione del modello regolativo europeo in materia sociale JOERGES, *Unity in Diversity as Europe's Vocation and Conflicts Law as Europe's Constitutional Form*, LEQS Paper no. 28/2010, 24. Per un rassegna delle posizioni *pro* e *contro* la SEO v. inoltre CARUSO, *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law*, cit., 13-14.

4. La costruzione “pretoria” del MSE: gli apporti della Corte di Giustizia dell’Unione europea.

Il MSE, così come scaturito dal processo di integrazione comunitaria, ha ritrovato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia un formidabile fattore di propulsione e di consolidamento. Del resto, come non rimarcare il carattere *ultroneo* di alcune sentenze della Corte di Giustizia in materia di diritto sociale, ben note al di là del seminato degli specialisti, in quanto gravide di principi rilevanti su un piano più generale? Si pensi, in questo senso, alla celeberrima sentenza del 1991 nel caso *Francoovich*, originato da una controversia in materia di mancata trasposizione nell’ordinamento italiano della direttiva sulla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza datoriale, e che postula il principio giusto il quale, oltrepassando i limiti dell’efficacia meramente verticale della direttiva dettagliata non trasposta, si configura l’obbligo del risarcimento del danno in capo allo Stato inadempiente al dovere di recepimento dell’atto comunitario⁶³. O, ancora, alla più recente sentenza resa dalla Corte di Giustizia dell’UE nel caso *Kücükdeveci*, in cui si è sensibilmente rafforzato il principio della supremazia del diritto dell’UE, riconoscendo al giudice nazionale il potere di disapplicare, nell’ambito di una controversia *inter privatos*, le disposizioni nazionali in contrasto con la direttiva europea sul divieto di discriminazione per età, senza preventivamente richiedere una pronuncia interpretativa della Corte di Giustizia⁶⁴.

Per il resto, con riferimento alla vasta casistica giurisprudenziale formatasi nel corso dei decenni, è utile cogliere alcuni elementi distintivi dei percorsi logico-argomentativi praticati dai giudici europei. Si possono evidenziare, al riguardo, tre principali linee di tendenza, che hanno a che vedere con i caratteri costitutivi degli atti di normazione derivata su cui la giurisprudenza va ad incidere.

1) Una prima linea è contrassegnata dalla giurisprudenza “additiva” in materia di tutela contro le discriminazioni per genere e si articola in una duplice direzione. Talora la giurisprudenza piega le direttive degli anni ‘70, che pur fondamentali nel processo di evoluzione del modello sociale palesavano importanti lacune regolative, ad esigenze

⁶³ Corte giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e 9/90, *Francoovich e a. c. Repubblica Italiana*. Ne fa menzione, ancora di recente, MENGOZZI, *Il contributo del diritto alla determinazione dell’identità dell’Unione europea*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 649, come esempio di arricchimento della *rule of law* comunitaria “anche sul piano processuale con riferimento ai rimedi giurisdizionali utilizzabili dai singoli per far valere i diritti loro attribuiti dal diritto comunitario”.

⁶⁴ Corte giust. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci c. Swedex GMBH & Co. KG*.

di protezione non presenti al legislatore (si pensi all'elaborazione, in giurisprudenza, del fondamentale concetto di discriminazione indiretta); talaltra curva talune questioni interpretative formalmente eccentriche rispetto a quelle direttive, in quanto attinenti a materie non regolate a livello comunitario, fino a farle confluire nel corpo delle direttive sulla discriminazione per genere (si pensi alla ricca casistica sulle discriminazioni nei confronti delle lavoratrici *part-time*)⁶⁵.

2) Una seconda linea coincide con la messe di sentenze rese in esito a procedure d'infrazione, con le quali la Corte di Lussemburgo ha mostrato il volto di "cane da guardia" del processo d'integrazione. Non è certamente casuale che l'ambito maggiormente interessato dall'iniziativa della Corte sia quello delle direttive in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, trattandosi di fonti tipicamente *hard*, rispetto alle quali solo di rado emergono problemi di conformità interpretativa rispetto a norme nazionali, sollevandosi in genere questioni di inadempimento o, comunque, di trasposizione inesatta o incompleta della direttiva negli ordinamenti nazionali⁶⁶.

3) Una terza linea di tendenza rimanda al sindacato giudiziale sulle modalità di trasposizione in ambito nazionale delle direttive *soft* degli anni '90: in particolare la direttiva sull'organizzazione dell'orario di lavoro, nonché le direttive sul contratto di lavoro *part-time* e a tempo determinato. In quest'ambito, la Corte di Giustizia supplisce a un *deficit* di determinatezza o a un eccesso di opzionalità delle direttive, per ristabilire taluni tratti di rigidità delle regole comunitarie.

Anche stavolta la casistica è talmente ampia che non è possibile richiamarla se non per sommi capi.

A proposito della direttiva sull'orario di lavoro, i principali *decisa* attengono alla ricostruzione della nozione di orario di lavoro, nella quale la Corte riconduce fasi temporali non saturate dallo svolgimento dell'attività lavorativa (per esempio i tempi di attesa fra una prestazione di lavoro e la successiva) rimediando ad una definizione normativa (art. 2 della direttiva n. 2003/88/CE) insoddisfacente, stante il suo carattere elastico ed indeterminato⁶⁷. O ancora, ai limiti invalicabili alla flessibilizzazione dell'orario di lavoro settimanale - in linea generale

⁶⁵ Cfr., anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali, VALLAURI, *op. cit.*, 221 ss.

⁶⁶ Fra le tante cfr. Corte Giust. sentenza 25 luglio 2008, causa C-504/06, *Commissione c. Repubblica italiana*; 14 giugno 2007, causa C-127/05, *Commissione delle Comunità europee c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*; 16 dicembre 2004, causa C-358/03, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria*.

⁶⁷ Cfr. Corte Giust. 3 ottobre 2000, causa C-303/98, *SIMAP*; 9 settembre 2001, causa C-151/02, *Jaeger*; 1° gennaio 2005, causa C-14/04, *Dellas*; ord. 11 gennaio 2007, causa C-437/05, *Vorel*.

consentita dal legislatore comunitario (artt. 6, 16 e 17 della direttiva) - al fine di assicurare il controllo sulla durata massima della prestazione lavorativa, in conformità con i principi di tutela della salute e sicurezza del prestatore di lavoro⁶⁸. Scorrendo, infine, la ricca e variegata casistica sul diritto alle ferie annuali retribuite (art. 7 della direttiva), emerge la chiara consapevolezza della Corte in ordine al fatto che un diritto di tal natura – che consente la fruizione di quote essenziali di tempo di non lavoro, soddisfacendo al contempo bisogni distensivi e ricreativi di più lungo periodo (e infatti definito costantemente dalla giurisprudenza “principio particolarmente importante del diritto sociale dell’Unione”) – non è suscettibile di deroghe e neppure può essere “barattato”, salvo casi eccezionali, con semplici compensazioni monetarie. Consapevolezza che si traduce in operazioni giurisprudenziali di censura di quelle normative o prassi nazionali che indulgono verso la flessibilizzazione o, peggio, la limitazione del diritto alle ferie⁶⁹.

Per quanto riguarda, invece, le direttive sui lavori flessibili, l’apporto della Corte di Giustizia è particolarmente visibile nella giurisprudenza che conferisce centralità applicativa al principio di parità di trattamento fra lavoratori *part-time* e *full-time*⁷⁰, interpretando restrittivamente anche il principio del *pro rata temporis* (art. 4 dell’accordo collettivo quadro recepito nella direttiva n. 97/81/CE)⁷¹; o, ancora, in quelle sentenze che, superando qualsiasi dubbio interpretativo, censurano con nettezza normative e prassi nazionali elusive del divieto di discriminazione del lavoratore a tempo determinato (art. 4 dell’accordo collettivo quadro recepito nella direttiva n. 99/70/CE) palesando l’intento del datore di lavoro di utilizzare tale strumento contrattuale per imporre condizioni di impiego tali da “privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato”⁷².

Naturalmente, simile lavoro giurisprudenziale, del quale sono stati richiamati solamente alcuni esempi, ancorché altamente significativi, ha

⁶⁸ Cfr. Corte Giust. 14 ottobre 2010, causa C-243/09, *Fuß c. Stadt Halle*.

⁶⁹ Cfr. Corte Giust. 26 giugno 2001, causa C-173/99, *BECTU*; 18 marzo 2004, causa C-342/01, *Merino Gómez*; 20 gennaio 2009, cause C-350 e 520/06, *Schultz-Hoff e Stringer*; 10 settembre 2009, causa C-277/08, *Vicente Pereda*; maggiormente incline ad un bilanciamento fra il diritto alle ferie e le esigenze organizzative del datore di lavoro è la più recente Corte Giust. 22 novembre 2011, causa C-214/10, *KHS AG c. Schulte*.

⁷⁰ Corte Giust. 10 giugno 2010, cause riunite C-395 e 396/08, *Inps c. Bruno e a.*

⁷¹ Corte Giust. 22 aprile 2010, causa C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c. Land Tirol*.

⁷² Corte Giust. 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*; 15 aprile 2008, cause riunite C-378, 379 e 380/07, *Impact*; 22 dicembre 2010, cause riunite C-444 e 456/09, *Gavieiro Gavieiro e a. c. Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia*.

favorito, anche in materia di diritto sociale, lo svilupparsi di un sistema giudiziale *multilevel*, scandito da un dialogo costante fra il giudice sovranazionale, che si fa carico, attraverso le sentenze interpretative, di problematiche nazionali, e il giudice nazionale che, recependo i *dicta* della Corte lussemburghese, o attraverso gli strumenti dell'applicazione diretta delle direttive o dell'interpretazione conforme, si fa a sua volta giudice europeo⁷³.

5. I fattori endogeni di criticità e l'incerto futuro: l'economia sociale di mercato in Europa nel vortice della crisi globale.

Non poca enfasi si è posta, nelle analisi più recenti, sull'art. 3, par. 3.1 del TUE, nel testo successivo al Trattato di Lisbona, nel quale si rilancia il MSE alla stregua di una "economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale"⁷⁴ in un contesto nel quale "l'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore" (par. 3.2), oltre a perseguire "la coesione sociale, economica e territoriale e la solidarietà fra gli Stati membri" (par. 3.3).

La locuzione "economia sociale di mercato" sembra in verità compendiare, con una formula già ampiamente nota perché identificativa

⁷³ Cfr., da ultimo, IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2011, 393 ss. Un recente esempio di dialogo fra le Corti sul terreno del diritto sociale è rappresentato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione italiana in un caso concernente la salvaguardia dei diritti retributivi in capo al personale tecnico-amministrativo delle istituzioni scolastiche (c.d. personale ATA) transitato dagli Enti locali allo Stato. La Corte di Giustizia, con sentenza 6 settembre 2011, causa C-108/10, *Scattolon c. Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca*, ha qualificato tale passaggio, con contestuale riassunzione dei dipendenti da parte dell'amministrazione statale, alla stregua di un trasferimento d'azienda, ai sensi della direttiva n. 77/187/Cee, mettendo in rilievo come l'art. 3 della direttiva medesima osti a che i lavoratori trasferiti subiscano, rispetto alla loro posizione immediatamente precedente al trasferimento, un peggioramento retributivo in dipendenza del mancato riconoscimento dell'anzianità maturata presso il cedente. La Corte di Cassazione, con alcune sentenze pressoché coeve (Cass. 12 ottobre 2011, n. 20980; 14 ottobre 2011, nn. 21281 e 21282, tutte *inedite*), dopo avere richiamato i consolidati principi in materia di supremazia del diritto dell'Unione europea (comprese le sentenze interpretative della Corte di Giustizia che riguardino norme europee direttamente applicabili), ha statuito in consonanza con il principio di diritto enunciato dalla Corte di Lussemburgo, così rinviando al giudice di merito il compito di accertare la sussistenza del peggioramento retributivo subito dal personale ATA all'atto del trasferimento.

⁷⁴ Cfr. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea*, cit.; SCHMITT, *op. cit.*, 684; v. anche DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 81 ss.

dei caratteri salienti del modello sociale "renano", le proposizioni della Strategia di Lisbona del 2000. Sotto le insegne di quella Strategia, il decennio era iniziato sotto ottimistici auspici, di creazione in Europa dell'economia più avanzata e competitiva del mondo, con sostanziali progressi sul lato dell'occupazione e della qualità del lavoro. Si volevano sfruttare, a tal proposito, le potenzialità positive della SEO, entro un contesto di rilancio economico fondato sulla diffusione della tecnologia, la creazione di uno spazio europeo della ricerca e l'innovazione, l'impulso al tessuto della piccola impresa ad alto contenuto tecnologico. La Strategia di Lisbona - pur sottoposta nel 2005 a una "revisione" finalizzata al suo rilancio⁷⁵ - ha però conosciuto un'attuazione travagliata e assai parziale. A fronte di un incremento del tasso medio di occupazione (65%), si sono registrate disparità crescenti fra paesi europei più e meno virtuosi, in termini sia di crescita occupazionale sia di equa distribuzione dei redditi, ma anche un aumento dell'occupazione flessibile o precaria (*bad jobs*) in luogo del proclamato incremento dei *quality jobs*⁷⁶.

Nel frattempo, il MSE, come prodotto del processo di integrazione sovranazionale mediante il diritto *hard* e *soft* (1) e degli apporti della giurisprudenza della Corte di Giustizia (2), ha subito un'evidente battuta d'arresto.

(1) In primo luogo, si è progressivamente inaridita l'attività di produzione normativa tramite direttiva⁷⁷. Le statistiche indicano chiaramente che negli ultimi dieci anni la fonte *hard* è stata scarsamente utilizzata, e quando ciò è avvenuto, si è trattato prevalentemente di direttive di modifica di altre vigenti, se non di vero e proprio consolidamento dei testi già in essere. Né pare ci si debba attendere un rilancio significativo nei prossimi anni, almeno stando alle scarse indicazioni in tal senso desumibili dalla più recente "Agenda sociale", peraltro risalente al 2008 e non ulteriormente aggiornata⁷⁸.

⁷⁵ Cfr. la Comunicazione della Commissione "Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione. Il rilancio della Strategia di Lisbona", COM(2005) 24, def., Bruxelles, 2.2.2005, recepita nelle conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 22 e 23 marzo 2005.

⁷⁶ Cfr. MAGNUSSON, *After Lisbon. Social Europe at the Crossroads*, ETUI WP, no. 2010/01.

⁷⁷ Cfr. DEGRYSE, POCHE, *Quanto diritto sociale "produce" l'Europa?*, in Campedelli, Carrozza, Pepino (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza ed istituzioni sociali*, Il Mulino, Bologna, 189 ss.

⁷⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Agenda sociale rinnovata: Opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del XXI secolo*, COM(2008) 412 def.

Ma bisogna dire che pure la SEO, già minata – dopo una promettente partenza – da elementi endogeni di debolezza⁷⁹, è entrata in crisi d'identità, dopo che i Consigli europei di Bruxelles e Salonicco (2003) hanno dato l'avvio alla nuova generazione di orientamenti per l'occupazione, elaborati su base triennale in coerenza con gli indirizzi di massima per le politiche economiche. Il legame è stato ora considerevolmente rafforzato, a seguito dell'approvazione della "Strategia Europa 2020"⁸⁰. Questa, oltre a prevedere una riduzione secca del numero degli orientamenti per la politica economica (dai precedenti 24 agli attuali 6), dà impulso ad una più accentuata "integrazione degli orientamenti", ma con l'evidente prevalenza degli obiettivi di natura economica, se è vero che, in seno agli orientamenti di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione, si ritrovano indicazioni estremamente precise in ordine a misure aventi palesi ricadute sul piano sociale e delle tutele lavoristiche: in particolare, per quel che riguarda i sistemi di contrattazione salariale e, più in generale, le misure sulla retribuzione come fattore di moderazione e di riequilibrio macroeconomico⁸¹. Al contempo, si fanno più frequenti i riferimenti alla *flexicurity*, sorta di indeterminato metodo di regolazione, di impianto sostanzialmente nazionale, ove le tradizionali politiche securitarie scolorano entro il più ampio contenitore delle strategie di incremento delle *job chances*, come contropartita dell'affievolimento degli elevati livelli di garanzia tipici del MSE⁸².

⁷⁹ Cfr. SCIARRA, *Experiments in the open method of coordination: measuring the impact of the EU Employment Policies*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, spec. 479.

⁸⁰ Comunicazione della Commissione "Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", COM(2010) 2020, Bruxelles, 3.3.2010, su cui cfr. SCIARRA, *Experiments in the open method of coordination*, cit., 480 ss.; LOI, *op. cit.*; SARACENO, *La "Strategia Europa 2020"*, 2011, www.caffeuropa.it; POCHE, *Social impact of the new form of European governance*, ETUI Policy Brief, no. 5/2010.

⁸¹ Cfr. la Raccomandazione del Consiglio del 13 luglio 2010 sugli orientamenti di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione, in *G.U.U.E.* del 23.7.2010, L 101/28, cui *adde* la Decisione del Consiglio del 21 ottobre 2010 sugli orientamenti degli Stati membri a favore dell'occupazione, in *G.U.U.E.* del 24.7.2010, L 308/46; tali orientamenti sono stati mantenuti anche per il 2011, come si desume dalla Decisione del Consiglio del 19 maggio 2011, in *G.U.U.E.* del 26.5.2011, L 138/56.

⁸² Cfr. HANSEN, TRAIANTAFILLOU, *The Lisbon Strategy and the alignment of economic and social concerns*, in *Journal of European Social Policy*, 2011, 206; per riflessioni critiche sul metodo della *flexicurity* cfr. ALES, *Modello sociale europeo e flexicurity: una sorta di "patto leonino" per la modernizzazione*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, 523; MEDA, *Flexicurity: quel équilibre entre flexibilité et sécurité*, in *Droit Social*, 2007, 763; BURRONI, KEUNE, *Flexicurity: a conceptual critique*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2011, vol. 17, n. 1, 75. Anche se, a ben vedere, pure la *flexicurity*, ove "presa sul serio", implica per gli Stati membri elevati costi, finalizzati a garantire il funzionamento efficiente dei servizi di *workfare*: per tale ragione TANGIAN, *Not for bad weather: flexicurity challenged by the crisis*,

(2) Molti hanno poi intravisto una seria minaccia per la “tenuta” del MSE in quella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE che investe direttamente la sfera dei rapporti fra diritti sociali fondamentali di natura collettiva e libertà economiche. Ci si riferisce alle diverse pronunzie (a partire da *Laval* e *Viking*) in cui la Corte, pur riconoscendo al diritto di sciopero e di contrattazione collettiva il rango di diritti fondamentali facenti parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ha ritenuto di sottoporli a una “ponderazione comparativa” con alcune libertà economiche fondamentali (in particolare, la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento), introducendo un giudizio di bilanciamento fra gli uni e le altre, sulla base del principio di proporzionalità⁸³. Il che ha portato la Corte a delimitare l’effettività dei diritti sindacali, cui si imputa di recare un *vulnus* all’esercizio delle libertà economiche fondamentali (delle imprese di paesi di recente accessione le quali si spingono ad operare in contesti nazionali caratterizzati da più avanzati *standard* sociali) non giustificato dal perseguimento di finalità di interesse generale⁸⁴. Con l’effetto finale di avallare uno schema entro il quale, potendosi in definitiva optare per gli *standard* regolativi più convenienti per i prestatori di servizi, “la competizione regolativa sul mercato del lavoro (...) appare sistematicamente sbilanciata a favore dei sistemi di diritto del lavoro meno costosi per le imprese (*i.e.* di quelli dei nuovi stati membri dell’est Europa)”⁸⁵.

La giurisprudenza ha sortito un effetto decisamente ansiogeno sui giuslavoristi (e non solo)⁸⁶, paventandosi il ritorno ad una dimensione

ETUI Policy Brief, no. 3/2010, conclude nel senso che neppure la *flexicurity* sembra reggere all’impatto destrutturante della crisi economico-finanziaria.

⁸³ Cfr. in particolare Corte Giust. 10 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking*; 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, cui hanno fatto seguito Corte Giust. 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Rüffert*; 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*; 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione c. Germania*.

⁸⁴ Nell’ormai imponente letteratura sul tema, cfr. almeno CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009; Id., *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., 1411; LO FARO, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 2010, 45; nonché il recente fascicolo monografico del *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, n. 3.

⁸⁵ Così GIUBBONI, *Stato sociale, libera circolazione delle persone e nuovi confini della solidarietà in Europa*, 2011, 8, www.osservatorioinca.org/section/includes/attach_file/Giubboni_Berlino.pdf.

⁸⁶ Cfr. GIUBBONI, *I diritti sociali nell’Unione europea*, cit., 2, che mette in evidenza la contraddizione per cui, al picco del riconoscimento costituzionale dei diritti sociali, la giurisprudenza riscopra le libertà economiche come limite all’effettività degli stessi; MOREAU, *op. cit.*, 8; fra i non lavoristi v. le preoccupazioni palesate da AZZARITI, *Le garanzie del*

conflittuale fra diritti sociali e libertà economiche contrassegnata dal ritorno all'antica soggezione dei primi rispetto alle seconde. Tuttavia, fermo restando che tale giurisprudenza denota sicuramente una scarsa domestichezza con i diritti fondamentali di natura collettiva – al punto da degradare il diritto sciopero a diritto "minore" destinato a soccombere ove il suo esercizio appaia privo di giustificazione⁸⁷ - l'orientamento segnala, più che altro, quanto pesino gli squilibri generati dai fenomeni di allargamento dell'Unione europea verso paesi con sistemi sociali ed economici ancora distanti dalle avanguardie europee⁸⁸.

Appare invece poco plausibile trarne, come fanno i più pessimisti, sintomi di una sistematica *deminutio* dei diritti sociali fondamentali dinanzi al neo-predominio delle libertà economiche.

Non mancano, del resto, indicazioni di segno palesemente contrario: si pensi, paradigmaticamente, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che inibisce l'infiltrazione dei principi sulla libera concorrenza entro i confini del diritto della sicurezza sociale, negando che le normative nazionali che impongono l'iscrizione obbligatoria dei dipendenti a regimi assicurativo/previdenziali gestiti da enti di diritto pubblico determinino una violazione delle regole di concorrenza ora codificate negli artt. 101, 102 e 106 TFUE. Ciò avviene escludendo che tali enti possano essere qualificati come "imprese svolgenti attività economica", assunta tanto la funzione di carattere esclusivamente sociale da essi svolta, quanto la finalità eminentemente solidaristica e di "comunità di rischio" assolta dal regime assicurativo/previdenziale⁸⁹. La rilevanza, in termini di prevalenza delle istanze di protezione sociale, dell'orientamento in parola è ancora più evidente laddove i giudici, sulla base di analoghe argomentazioni

lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione europea, Relazione al convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Perugia, 25 e 26 marzo 2011, spec. 10 ss. In generale, sullo stato dei rapporti fra diritti e libertà nella dimensione sovranazionale v. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, 319.

⁸⁷ Cfr. ALBI, *Libertà economiche e diritti sociali fondamentali: Viking e Laval rappresentano un paradigma?*, 2011, 5, www.europeanrights.eu.

⁸⁸ In generale, MAJONE, *Unity in diversity: European integration and the enlargement process*, in *European Law Review*, 2008, vol. 33, p. 457. Specificamente, sulla difficile convergenza degli stati di nuova accessione verso gli *standard* sociali europei v. DREXLER, VAN VLIET, *European Social Model: No Convergence from the East*, in *European Integration*, 2010, vol. 32, n. 1, 115 ss. Nel senso della sottovalutazione degli effetti socialmente sperequanti dell'allargamento v. MOREAU, *op. cit.*, 9 ss.

⁸⁹ Cfr., ancora di recente, Corte Giust. 5 marzo 2009, causa C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH c. Maschinenbau – und Metall – Berufsgenossenschaft*; per una compiuta retrospettiva si rinvia a RICCI, DI VIA, *Monopoli previdenziali e diritto comune antitrust*, in Sciarra (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Il Mulino, Bologna, 2007, 39 ss.

giuridiche, sottraggono alle censure di illegittimità per condotta anticoncorrenziale le normative nazionali che consentono alla contrattazione collettiva di istituire sistemi assicurativi privati gestiti da organismi paritetici e resi da questa obbligatori nei confronti dei dipendenti e dei datori di lavoro compresi nel suo ambito di applicazione⁹⁰.

* * * *

Gli elementi di criticità cui si è fatto sino ad ora riferimento paiono quasi "svaporare" se posti a confronto con i rischi di sopravvivenza che incombono sul MSE in corrispondenza del drammatico dipanarsi, dal 2008 ad oggi, di una crisi economico-finanziaria la cui virulenza è tale da sfuggire al ricordo di molte generazioni⁹¹.

Nata nel 2008 come crisi di solvibilità degli istituti di credito statunitensi, dopo l'esplosione della "bolla" dei cc.dd. "titoli tossici", si è trasformata, dopo una breve parentesi di solo apparente ritorno alla normalità, in crisi del "debito sovrano", investendo inopinatamente "per ondate successive che non vanno attenuandosi"⁹² alcuni dei paesi membri dell'UE, fra i quali l'Italia. E' accaduto infatti che la recessione internazionale causata dalla crisi del 2008 abbia impattato con particolare forza sui sistemi economici dei paesi con alto livello di debito pubblico, bassa produttività e insufficiente crescita del prodotto interno lordo – in particolare i paesi dell'Europa mediterranea e l'Irlanda (cc.dd. periferici) – esponendoli a dubbi di solvibilità del debito sovrano nel breve o nel medio periodo (secondo taluni mettendo pure a rischio la loro capacità di permanenza nell'area monetaria comune). L'immane "speculazione finanziaria" ha poi fatto il resto.

In questo contesto, la tenuta del MSE è messa seriamente alla prova. Da un lato, si diffonde la prospettiva dell'inevitabile compressione dei costi del MSE direttamente gravanti sugli Stati in virtù del vincolo "prestazionale" (cui si ricorda il dibattito sulla costituzionalizzazione del

⁹⁰ Da ultimo Corte Giust. 3 marzo 2011, causa C-437/09, *AG2R Prévoyance c. Beaudot Père et Fils SARL*.

⁹¹ Si parla non casualmente di crisi "sistemica": cfr. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, Relazione al convegno su *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano, Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*, Reggio Calabria, 5 novembre 2011, ora in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione dei costituzionalisti*, 2011, n. 4, www.rivistaaic.it/rivista/4, 1. Per un primo bilancio su ragioni e costi della crisi v. REICH, *Aftershock. Il futuro dell'economia dopo la crisi*, Fazi, Roma, 2011; GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011.

⁹² SALVADORI, *L'Europa nel ciclone*, in *La Repubblica*, 18 novembre 2011, 36.

c.d. "pareggio di bilancio"⁹³); dall'altro trovano nuova linfa le teorie neo-liberiste sulla necessità di indebolimento delle tutele e dei diritti individuali e collettivi, in nome di esigenze di flessibilità del lavoro e del mercato del lavoro, funzionali a ridare vigore alla competitività delle imprese allo scopo di accelerare e rendere duratura la ripresa economica⁹⁴.

A fronte di tutto ciò, la risposta europea è parsa a molti troppo debole e non solo sul fronte degli aiuti ai paesi membri a rischio di bancarotta⁹⁵. Anche sul versante degli effetti sociali, si segnala il carattere "nazionale" degli strumenti di contenimento della crisi, con l'eccezione della messa in opera del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione⁹⁶, del quale in effetti si sta facendo diffuso utilizzo⁹⁷.

Semmai, le istituzioni europee appaiono preoccupate di indicare agli Stati membri in difficoltà strategie e misure di risanamento e di aggiustamento dei sistemi nazionali che, a ben vedere, vertono su espliciti inviti a ridimensionare il MSE. Sono particolarmente istruttivi, al riguardo, gli atti finalizzati, nell'ambito del c.d. "Semestre europeo"⁹⁸, a

⁹³ Su cui, criticamente, LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Torino, 27-29 ottobre 2011, www.associazionedeicostituzionalisti.it/bgic/relazione-luciani.

⁹⁴ Interessanti le notazioni di BIASCO, *I danni del neoliberalismo*, 2011, www.caffeeuropa.it, intorno al paradosso di un certo modello di capitalismo che, impleso per le sue interne contraddizioni, riemerge per governare le relazioni economiche e sociali nell'Europa "dello Stato indebitato".

⁹⁵ Si pensi al dibattito sull'incerto impiego dei pochi strumenti sovranazionali a disposizione: in particolare il c.d. Fondo salva-stati, oggetto di continui contrasti fra le istituzioni europee, la BCE e i governi nazionali che tale fondo alimentano.

⁹⁶ Cfr. MOREAU, *op. cit.*, 5. Istituito con Regolamento n. 1927/2006 del Parlamento e del Consiglio, con lo scopo di "fornire un sostegno ai lavoratori in esubero in conseguenza di trasformazioni rilevanti della struttura del commercio mondiale dovute alla globalizzazione, nei casi in cui tali esuberi abbiano un notevole impatto negativo sull'economia regionale o locale" (art. 1), a seguito delle modifiche apportate dal Regolamento n. 546/2009, lo spettro di applicazione è stato esteso "anche ai lavoratori in esubero come conseguenza diretta della crisi finanziaria ed economica mondiale (...). Gli Stati membri che chiedono un contributo del FEG sulla base della presente deroga devono stabilire un legame diretto e dimostrabile tra gli esuberi e la crisi finanziaria ed economica" (art. 1-bis del testo consolidato del Regolamento, reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2006R1927:20090702:IT:PDF>).

⁹⁷ Cfr. la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulle attività del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione nel 2010, COM(2011) 466 def., Bruxelles, 22.8.2011, consultabile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0466:FIN:IT:PDF>.

⁹⁸ Nuova procedura di coordinamento e monitoraggio sulle decisioni di politica economica e di bilancio degli Stati membri prevista dalla "Strategia Europa 2020": cfr. RIZZONI, *Il "semestre europeo" fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e*

orientare le scelte strategiche dei Paesi membri in materia di politica economica e di bilancio: la recente Raccomandazione del Consiglio sul Programma nazionale di riforma 2011 dell'Italia e sul Programma di stabilità 2011-2014⁹⁹ promuove misure di affievolimento delle tutele tradizionali del rapporto di lavoro subordinato, includendo fra "le misure intese a combattere la segmentazione del mercato del lavoro" la revisione di "aspetti specifici della legislazione a tutela dell'occupazione, comprese le norme e le procedure che disciplinano i licenziamenti", ma anche misure di flessibilizzazione della retribuzione in rapporto alle condizioni locali o alla produttività della singola impresa. La novità è che non si promuove la "buona occupazione" nella logica di salvaguardare l'*acquis sociaux*: al contrario, l'Ue invita, pur con una certa cautela, a ridimensionare aspetti significativi del modello sociale, rimuovendo o comunque affievolendo misure tradizionali di protezione oggi divenute ostacoli per un più agile funzionamento del mercato del lavoro.

A fortiori, non persuade che tali *diktat* provengano anche da soggetti non direttamente rappresentativi, neppure sul piano del metodo intergovernativo: si pensi al ruolo svolto dal "direttorio" dei paesi più forti (Francia e Germania), o, a maggior ragione, alla funzione assunta dalla BCE che, operando d'intesa con il FMI, a fronte di impegni diretti in materia di acquisti di titoli del debito pubblico, non esita ad intimare l'adozione di misure drastiche di compressione del MSE¹⁰⁰.

Non manca chi individua una diretta correlazione fra tali vicende e la crisi *endogena* del sistema giuridico a sostegno del MSE, evidenziata dalla già segnalata regressione delle fonti di regolazione *hard*, nonché dalla perdita di identità della SEO¹⁰¹. Tuttavia, non credo ci si possa stupire più di tanto del fatto che la crisi del debito sovrano abbia determinato l'accelerazione del processo, già precedentemente in atto, di isterilimento degli strumenti regolativi tradizionali a livello europeo e che

Italia a confronto, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione dei costituzionalisti*, 2011, n. 4, www.rivistaaic.it/rivista/4.

⁹⁹ Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 2011, sul programma nazionale di riforma 2011 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità aggiornato dell'Italia, 2011-2014, in *G.U.U.E.*, 21.7.2011, C 215/4.

¹⁰⁰ Sul punto, per una visione fortemente critica cfr. LETTIERI, *Verso un new deal rovesciato? L'Europa delle controriforme*, 2011, www.insightweb.it/web; v. anche BAYLOS GRAU, *Crisi, modello europeo e riforma del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2010, 480; APARICIO TOVAR, *¿Deficit? El de democracia en la Unión Europea*, 2011, www.insightweb.it/web.

¹⁰¹ Cfr. SCIARRA, *Patterns of European labour law in the crisis*, 2011, 2, www.europeanrights.eu, che appare assai scettica anche sulle potenzialità di "Strategia Europa 2020"; su quest'ultimo punto cfr. anche SARACENO, *op. cit.*, circa la contraddizione fra una strategia che "di fatto evoca la necessità di una Unione sociale e non solo monetaria coordinata" e la "negazione delle risorse, non solo economiche, ma di legittimazione perché tale Unione si attui"; ancora sulle conseguenze della Strategia, v. POCHET, *op. cit.*

il suo peso, sul versante delle politiche e dei diritti sociali, si scarichi quasi per intero sugli stati nazionali, accentuando fenomeni centrifughi di tipo deregolativo¹⁰². Ciò pare costituire, piuttosto, la fisiologica conseguenza di un processo di integrazione monco e "settoriale", che ha interessato alcuni versanti del sistema economico e giuridico europeo, lasciando del tutto irrisolti una serie di cruciali risvolti istituzionali. Non vi può essere infatti una politica sociale tendenzialmente "integrata" che non si raccordi ad una dimensione comune delle politiche economiche, fiscali e finanziarie. In assenza di simili condizioni, il MSE è messo sotto pressione sia nella sua dimensione sovranazionale, sia nei singoli assetti nazionali, secondo un processo di indebolimento "a cascata".

Il problema travalica, dunque, la dimensione delle politiche sociali per investire la "forma politica" dell'UE. Un MSE "sostenibile" passa in primo luogo, e finalmente, attraverso la predisposizione di un serio apparato di *governance* economico-finanziaria, che impinga su questioni cruciali come quella dei regimi fiscali, strutturato su istituzioni politiche rappresentative e funzionanti¹⁰³. Detto in altri termini, v'è l'impellente esigenza di un' unione compiuta, che assuma come punti nevralgici non solo la moneta comune (che come si è visto è condizione necessaria ma non sufficiente a evitare devastanti fenomeni di crisi), ma una serie di strumenti di gestione e di controllo dell'economia e del debito pubblico, ispirati al principio di corresponsabilità di tutti gli Stati membri, entro un'architettura istituzionale democratica e che veicoli un modello di appartenenza alla cittadinanza europea¹⁰⁴. Diversamente, nel succedersi

¹⁰² Cfr. DEAKIN, ROGOWSKI, *op. cit.*, 27.

¹⁰³ Già in tal senso POIARES MADURO, *op. cit.*, 135 ss.

¹⁰⁴ Alcune riflessioni "programmatiche" sul futuro dell'Europa politica, molte delle quali ampiamente condivisibili, sono contenute in SPINELLI, *Un programma per l'Europa*, in *MicroMega*, 2011, n. 7, 9 ss.; v. anche le proposte operative di DELORS, *Serve il rigore, ma anche la crescita*, in *La Repubblica*, 24 novembre 2011, 36. Qualche timido passo in questa direzione pare scaturire dalle Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 9 dicembre 2011 (reperibili all'indirizzo www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions?lang=en). L'intesa cui si è pervenuti, da attuarsi mediante Accordo intergovernativo da siglarsi nel prossimo mese di marzo - ma con l'*opt-out* della Gran Bretagna, ritornata all'antico ruolo di *leader* degli euroscettici - pur meglio strutturando l'assetto del Fondo salva-stati (destinato a confluire nell'*European Stability Mechanism*), appare tuttavia dire "troppo" sul versante delle restrizioni alle politiche nazionali di bilancio, sottoposte a controlli e meccanismi sanzionatori particolarmente rigidi, con il rischio di pesanti effetti recessivi di breve e medio periodo (cfr. MANASSE, *Ma la disciplina (tedesca) non è tutto*, 13 dicembre 2011, www.lavoce.info), e "troppo poco" sul lato dell'*humus* democratico entro cui si dispiegheranno le politiche economico-finanziarie sovranazionali, non risultando per nulla colmato il *deficit* di democrazia che da decenni caratterizza il progetto euro-unitario (cfr. MICOSI, *L'euro non si salva se non c'è democrazia*, in *La Repubblica - Affari & Finanza*, 12 dicembre 2011; ma v. anche AMATO, *L'intesa a 26 è ancora troppo debole*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 dicembre 2011).

di turbolenze economico-finanziarie sempre più virulenti, è inevitabile che i costi più dolorosi si scarichino sui livelli degli *standard* sociali; con l'aggravante che la tenuta del MSE è messa a repentaglio, quasi per paradosso, proprio nei paesi che maggiormente avrebbero bisogno di mantenerlo o addirittura di consolidarlo¹⁰⁵.

La sfida è certamente epocale: si tratta di far sopravvivere l'Unione europea rimediando a quella "stanchezza da integrazione" così pericolosamente diffusa nella cittadinanza europea (e bene illustrata nel "Rapporto Monti" del 2010)¹⁰⁶, che si traduce, fra l'altro, in una critica sempre più aspra verso le debolezze del modello europeo e al suo indulgere verso paradigmi de-costruttivi dei pilastri del MSE¹⁰⁷. Occorre, in definitiva, uno "scatto di reni" che rimetta al centro delle politiche sociali europee i diritti, in una versione certo "sostenibile" al cospetto dei cambiamenti del tempo globale, ma che non potrà venir meno ai principi irrinunciabili della dignità della persona e della solidarietà come architravi della costituzione vivente europea¹⁰⁸.

Aci Castello, 15 dicembre 2011

¹⁰⁵ In una recente intervista CANFORA, *E' inaccettabile che si debbano cedere pezzi di sovranità*, in *L'Unità*, 4 novembre 2011, propone provocatoriamente, come antidoto alla perdita di sovranità a favore degli stati "forti" dell'UE, l'istituzione di un'autonoma area mediterranea di libero scambio; certo è che il contesto autorizza l'elaborazione di scenari di "fantapolitica", come quello descritto sul *Wall Street Journal* da FERGUSON, *2021: the New Europe*, www.wsj.com, in cui i paesi dell'Europa, pur formalmente membri di una immaginaria Unione europea del futuro, vengono ridotte al ruolo di *vacation land* per i vacanzieri provenienti dai paesi europei centro-settentrionali.

¹⁰⁶ MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea J. M. Barroso*, 9 maggio 2010, http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/press-releases/pdf/20100510_1_it.pdf. Ma v. anche, in dottrina, SCHARPF, *The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a "social market economy"*, in *Socio-Economic Review*, 2010, vol. 8, 211 ss.

¹⁰⁷ Sugli "esercizi di demolizione" del MSE, come prevalenti sulle aspirazioni a mantenerlo e consolidarlo cfr. HYMAN, *Labour and the Ambiguities of the "European Social Model"*, in *British Journal of Industrial Relations*, 2009, vol. 47, n. 1, 180.

¹⁰⁸ Cfr. MENGOZZI, *op. cit.*, 660-661; SPADARO, *op. cit.*, *passim*.