



Testo pubblicato a seguito di referaggio anonimo

Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*

WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 98/2012

© Azzurra de Salvia 2012

ex Dipartimento sui Rapporti di Lavoro e sulle Relazioni Industriali – Università di Bari
azzurradesalvia@libero.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*^α

**Azzurra de Salvia
Università di Bari**

1. Il giudizio di legittimità della Corte di Giustizia e il diritto di sciopero..... 2
2. Un altro caso dinanzi alla Corte di Giustizia in materia di conflitto tra libertà economiche e diritti sociali collettivi: Commissione c. Germania 5
3. La difformità del bilanciamento dei diritti sociali collettivi a livello europeo rispetto all'esperienza costituzionale italiana 8

* Il contributo è stato sottoposto a peer-review anonima da un revisore selezionato dalla Direzione della collana. Ricevuto il 06/11/2012; accettato il 05/12/2012; pubblicato il 13/12/2012.

^α Lo scritto riprende e amplia l'intervento svolto al convegno "Diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali", tenutosi a Ferrara il 25-26 novembre 2011, ed erroneamente non inserito nel volume a cura di S. Borelli, A. Guazzarotti, S. Lorenzon, che ne raccoglie gli atti.

1. Il giudizio di legittimità della Corte di Giustizia e il diritto di sciopero

Con le ormai famose sentenze *Viking* e *Laval*¹, la Corte di Giustizia ha applicato per la prima volta al diritto di sciopero il suo giudizio di legittimità, ovvero lo strumento giuridico elaborato sin dagli anni '70 per valutare la conformità al diritto dell'Unione europea delle regolamentazioni nazionali ostative alle quattro libertà fondamentali².

Tale giudizio di legittimità si articola in due fasi: la prima volta all'individuazione di una ragione imperativa d'interesse generale alla base della normativa interna che giustifichi teoricamente la limitazione alla libertà di circolazione, la seconda, il cd. test di proporzionalità, tesa ad accertarne concretamente l'idoneità al perseguimento dell'obiettivo non oltre lo stretto necessario per il suo raggiungimento³.

Nei casi *Viking* e *Laval*, i giudici di Lussemburgo, pur avendo preliminarmente riconosciuto il diritto di intraprendere un'azione collettiva come un motivo astrattamente idoneo a limitare le libertà economiche, hanno tuttavia collegato la ragione giustificativa degli ostacoli alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi non all'esercizio del diritto in sé (il diritto di sciopero), ma all'obiettivo perseguito attraverso l'esercizio del diritto stesso (cioè la tutela del lavoro)⁴, svuotandone il contenuto⁵.

Nella seconda fase del giudizio di legittimità, infatti, la Corte di Giustizia, a seguito di una attenta analisi delle finalità delle azioni collettive intraprese dalle organizzazioni sindacali, le ha giudicate non proporzionate ed eccessivamente restrittive delle libertà fondamentali.

Tale operazione ermeneutica ha suscitato forti perplessità, innanzitutto, nella parte in cui è stata incentrata sulla «bontà» degli scopi

¹ Rispettivamente 11 dicembre 2007, C-438/05, in *Racc.*, 2007, I-10779 e 18 dicembre 2007, C-341/05, in *Racc.*, 2007, I-11767.

² A partire dai casi *Dassonville* (11 luglio 1974, C-8/74, in *Racc.*, 1974, 837) e *Cassis de Dijon* (20 febbraio 1979, C-120/78, in *Racc.*, 1979, 649), in materia di circolazione delle merci, la Corte di Giustizia ha fissato dei limiti alle quattro libertà fondamentali, oltre a quelli espressamente previsti da norme di diritto primario, individuando una serie di interessi nazionali che, pur nel silenzio delle norme dei Trattati, sono meritevoli di una protezione statale e, quindi, non sacrificabili al rispetto delle libertà fondamentali.

³ Sul giudizio di legittimità, con un'attenzione particolare alla sua declinazione in ipotesi di normative nazionali in materia di tutela del lavoro, v. G. ORLANDINI, *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Bologna, 2007, 95 ss.

⁴ Cfr. B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 2008, n. 2, 52.

⁵ Cfr. G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 278 ss.

dell'azione collettiva «imponendo alle organizzazioni sindacali di osservare nell'esercizio della loro autonomia negoziale la gerarchia di obiettivi e di valori dettata dall'ordinamento comunitario»⁶.

Questa impostazione del giudizio, nella parte in cui prescrive al giudice di merito di esaminare gli obiettivi delle azioni collettive promosse dal sindacato, di fatto sottoponendo al controllo giurisdizionale la facoltà dell'organizzazione sindacale di scegliere liberamente gli scopi e le modalità di tutela dei lavoratori, nega la stessa autonomia collettiva⁷ e riscrive i limiti della libertà sindacale⁸.

L'attribuzione ai giudici nazionali del compito di valutare la legittimità delle finalità perseguite dall'organizzazione sindacale mette in forte discussione «l'autodeterminazione, che costituisce, nelle tradizioni costituzionali comuni, un'essenziale componente dell'autonomia sindacale»⁹, oltre a spostare l'incertezza degli esiti del conflitto intersindacale dal soggetto collettivo all'organo giurisdizionale¹⁰.

La Corte di Giustizia, imprigionando il conflitto in una «logica strettamente funzionalista»¹¹, secondo la quale lo sciopero è collegato unicamente alla stipulazione del contratto collettivo, ha anche dimostrato di non accogliere una dimensione più squisitamente volontaristica delle relazioni industriali in cui l'autonomia collettiva persegue liberamente qualsiasi fine.

Proprio per questo motivo, la valutazione di compatibilità delle azioni collettive con l'esercizio delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi è stata di tipo funzionale, essendosi incentrata sulle finalità perseguite attraverso lo sciopero, anziché essere di tipo strutturale, cioè fondata sulle modalità esecutive del conflitto¹².

Un altro aspetto critico delle due suddette sentenze è rappresentato dall'introduzione a livello europeo del principio dell'*extrema*

⁶ M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 25.

⁷ A. ZOPPOLI, *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata)*, in *Dir. lav. merc.*, 2008, 159.

⁸ G. FONTANA, *La libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 2010, n. 2, 169.

⁹ M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lav. dir.*, 2008, 383.

¹⁰ Cfr. V. ANDREONI A., *Sciopero, contratto collettivo e diritti del mercato: la svolta politica della Corte di giustizia*, in A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, Roma, 2009, 89.

¹¹ B. VENEZIANI, *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, 301.

¹² U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009, 171 ss.

ratio – non presente in tutti i sistemi di relazioni industriali¹³ – secondo il quale lo sciopero deve essere intrapreso unicamente a seguito dell'infruttuoso esperimento degli altri strumenti di azione sindacale.

La sua concreta utilizzazione prospetta sia alcune possibili difficoltà applicative, laddove impone al giudice interno una verifica tesa ad accertare, caso per caso, che tutti gli altri mezzi di pressione sindacale siano stati preventivamente azionati, sia i rischi di un arbitrario sconfinamento giudiziale, posto che i criteri di tale verifica non sono stati precisati chiaramente dalla stessa Corte di Giustizia.

Secondo la dottrina italiana che più criticamente ha analizzato le sentenze *Viking* e *Laval*, tutta l'argomentazione della Corte è basata su «una inaccettabile concezione dello sciopero» e impregnata da una visione «paternalistica delle relazioni economico-contrattuali, intesa a negare la perenne immanenza del conflitto tra capitale e lavoro tanto nei mercati nazionali quanto in quello comunitario»¹⁴.

Nella ricostruzione della Corte, infatti, lo sciopero sembra essere concepito quale strumento di lotta teso a forzare un operatore economico all'assunzione di vincoli contrattuali e, in quanto tale, volto all'alterazione della sua libertà di aderire «volontariamente» alle trattative contrattuali¹⁵.

Quest'ultima visione delle azioni collettive disconosce concettualmente la stessa ragione fondativa dello sciopero, alterandone la sua funzione di riequilibrare la differente forza contrattuale tra capitale e lavoro attraverso il conferimento al secondo di uno strumento di lotta idoneo, appunto, a incidere sulla volontà del primo¹⁶.

¹³ Ad esempio, nell'ordinamento italiano, l'obbligo di un preventivo esperimento delle procedure di conciliazione del conflitto è imposto per legge solo per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali (cfr. art. 2, comma, della legge 12 giugno 1990, n. 146), mentre, nell'ordinamento tedesco, la regola dell'*ultima ratio* è stata statuita dalla giurisprudenza (v. B. VENEZIANI, *Stato e autonomia collettiva. Diritto sindacale comparato*, Bari, 1992, 355-356).

¹⁴ U. CARABELLI, *Note critiche a margine della sentenza della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 163-164.

¹⁵ Sul punto, v. *Viking*, cit., punto 55, e *Laval*, cit., punto 81.

¹⁶ Sulla *ratio* del diritto di sciopero, si veda P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, 221, ora in *Opere giuridiche*, Vol. III, Napoli, 1965.

2. Un altro caso dinanzi alla Corte di Giustizia in materia di conflitto tra libertà economiche e diritti sociali collettivi: Commissione c. Germania

In tale scenario giurisprudenziale, arricchito successivamente dalle sentenze *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo*¹⁷, si è inserito il caso *Commissione c. Germania*¹⁸, avente ad oggetto la violazione da parte della Repubblica tedesca delle direttive in materia di appalti pubblici¹⁹.

In Germania, infatti, una normativa in materia di previdenza integrativa aziendale aveva consentito alle amministrazioni di numerose città tedesche di stipulare accordi quadro con alcuni enti previdenziali, individuati da un contratto collettivo anziché scelti con gara d'appalto a livello europeo, al fine di garantire ai propri dipendenti servizi di previdenza complementare²⁰.

Il punto critico di tale legislazione interna, evidenziato dalla Commissione europea dapprima attraverso un procedimento precontenzioso e poi con un ricorso per inadempimento, consiste proprio nella modalità di scelta degli enti previdenziali attraverso un contratto collettivo nella misura in cui tale esercizio del diritto di contrattazione collettiva comprime il pieno esercizio delle libertà economiche di cui sono espressione le direttive sugli appalti pubblici.

Nella composizione di questo nuovo conflitto tra le libertà fondamentali e il diritto di contrattazione collettiva, con esiti negativi per il secondo, la Corte di Giustizia ha nuovamente rifiutato l'analogia con il principio immunitario in riferimento alla libertà di concorrenza statuito nella sentenza *Albany*²¹, confermando dunque un «frazionamento

¹⁷ Rispettivamente 3 aprile 2008, C-346/06, in *Racc.*, 2008, I-1989, e 19 giugno 2008, C-319/06, in *Racc.*, 2008, I-4323. In entrambe le pronunce, la Corte di Giustizia, in continuità con la sentenza *Laval*, ha confermato un'interpretazione formalistica della direttiva n. 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori nell'ambito della prestazione dei servizi, restringendo sensibilmente gli spazi di regolamentazione affidati negli Stati membri alla contrattazione collettiva. Su tali aspetti, sia consentito il rinvio a A. DE SALVIA, *Non c'è due senza tre: la Corte di Giustizia nel caso Rüffert*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, II, 1415 ss.

¹⁸ 15 luglio 2010, C-271/08, in *Racc.*, 2010, I-7091.

¹⁹ Cfr. Direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), e, a decorrere dal 1° febbraio 2006, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

²⁰ Per una più dettagliata ricostruzione della questione centrale, v. S. ZITTI, *Le libertà collettive in ambito UE dopo Lisbona: considerazioni alla «luce» di una nuova sentenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, 218 ss.

²¹ *Comm. c. Germania*, cit., punti 44-49. Il riferimento è alla nota pronuncia *Albany*, 21 settembre 1999, C-7/96, in *Racc.*, 1999, I-5751, in cui la Corte di Giustizia, per la prima

strumentale della libertà di iniziativa economica nella pluralità di forme riconosciute nel Trattato, laddove essa è, invece, universalmente riconoscibile come unitaria nella sua funzione capitalistica classica»²².

Alla rigorosa ricostruzione concettuale delle libertà economiche fondamentali non ha fatto, tuttavia, da contraltare «un analogo lavoro di cesello nell'area dei diritti sociali, dove contratto e conflitto collettivo, nell'attività pretoria della Corte, sono considerati alla stessa stregua e conducono ai medesimi esiti»²³.

Eppure, ad una prima lettura, almeno le conclusioni dell'avvocato generale sembravano aver tenuto in maggior conto l'importanza dei diritti sociali collettivi laddove si suggeriva alla Corte di Giustizia di «sfumare» l'impostazione interpretativa seguita nelle pronunce *Viking* e *Laval*, quantomeno riconoscendo una equivalenza gerarchica tra libertà economiche e diritti fondamentali, quali appunto i diritti di contrattazione collettiva e di sciopero²⁴.

Secondo l'avvocato generale, l'ampia convergenza sia a livello strutturale sia a livello contenutistico tra le libertà e i diritti fondamentali rende errata la ricostruzione, in linea di principio, di un loro rapporto di tipo conflittuale e gerarchico²⁵, ma impone la ricerca di una loro conciliazione che parta dal presupposto che «l'attuazione di una libertà fondamentale rappresenti un obiettivo legittimo suscettibile di porre limiti ad un diritto fondamentale» e, viceversa, «l'attuazione di un diritto fondamentale va[da] ritenuto un legittimo obiettivo, capace di limitare una libertà fondamentale»²⁶.

C'è da aggiungere che tali precisazioni concettuali hanno comunque portato all'applicazione del test di proporzionalità nel consueto modo e, dunque, alla valutazione dell'idoneità, necessità e adeguatezza

volta, affrontò il problema dell'assoggettamento degli accordi collettivi alle regole della concorrenza, statuendone l'immunità, ma condizionandola al duplice requisito della natura e dell'oggetto del contratto collettivo. Su tale pronuncia, per tutti, v. M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 225.

²² U. CARABELLI, *Unione Europea e libertà economiche "sociofaghe" (ovvero, quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale)*, in R. FOGLIA, R. COSIO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, 2011, 233.

²³ D. COMANDE, *Il diritto di negoziazione collettiva cede il passo alle norme europee sugli appalti pubblici: quale compromesso è sostenibile?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 905. L'autrice sottolinea come la crescente importanza acquisita dalla contrattazione collettiva a livello europeo, in quanto espressione del dialogo sociale, avrebbe potuto indurre i giudici della Corte ad una maggiore tutela del diritto di contrattazione collettiva.

²⁴ Conclusioni dell'avv. gen. V. Trstenjak del 14 aprile 2010, C-271/08, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, 2010, I-7091, punto 193.

²⁵ Conclusioni dell'avv. gen. V. Trstenjak, cit., punto 187.

²⁶ Conclusioni dell'avv. gen. V. Trstenjak, cit., punto 188.

dei contenuti della contrattazione collettiva, in linea di continuità con quanto affermato nei casi *Viking* e *Laval* in riferimento allo sciopero²⁷.

Tornando alla sentenza *Commissione c. Germania*, la Corte di Giustizia, prima, ha riconosciuto il diritto di negoziazione collettiva quale diritto fondamentale sia a livello costituzionale tedesco sia a livello sovranazionale europeo ex art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, poi, ha temperato gli obiettivi sociali perseguiti dalle parti nella negoziazione collettiva con le finalità proprie delle direttive in materia di appalti pubblici, ritenendo i primi non idonei a giustificare che un contratto collettivo individui gli enti destinati a svolgere servizi di previdenza complementare, senza una previa indicazione di una gara d'appalto a livello europeo secondo le disposizioni e procedure dettate dalle suddette direttive.

Di tale ragionamento giuridico, è necessario evidenziare soprattutto il passaggio in cui la Corte di Giustizia ha affermato di ritenere la fattispecie in oggetto, cioè la designazione di organismi preposti a svolgere attività di previdenza complementare, non attinente «all'essenza del diritto di negoziazione collettiva»²⁸.

Questa statuizione assume infatti una significativa importanza non solo perché realizza il pericolo, già paventato ai tempi della sentenza *Albany*²⁹, di un intervento giudiziale nella valutazione di merito, fini e risultati della contrattazione collettiva, ma poiché riproduce parte delle criticità interpretative individuate nelle sentenze *Viking* e *Laval*.

La compressione di un diritto sociale fondamentale, quale quello di contrattazione collettiva, a favore del mercato unico europeo prende le mosse dal suo formale riconoscimento nell'ordinamento dell'Unione europea.

Anche in riferimento al diritto di negoziazione collettiva, peraltro, la sua tutela a livello europeo, muovendo dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, subisce le limitazioni intrinseche dovute alla sua formulazione, posto che letteralmente il suo esercizio deve avvenire «conformemente al diritto dell'Unione», dunque può esser condizionato al rispetto delle libertà economiche.

L'interpretazione di tale riferimento in chiave mercantilistica, non condivisa da chi ritiene si stabilisca unicamente una relazione di

²⁷ U. CARABELLI, *Unione Europea e libertà economiche "sociofaghe" ...*, cit., 232.

²⁸ *Comm. c. Germania*, cit., punto 49.

²⁹ Cfr. M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva ...*, cit., 242; G. LEONE, *La nozione d'impresa e le sue ricadute sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 1017; M. BARBIERI, *Lavoro e diritto tra mercati e poteri*, in http://www.fondazionemalagugini.it/pdf/atti_convegno/relazioni/Barbieri.pdf, 2001, 9.

bilanciamento non fondata su un rapporto di «sotto-ordinazione o di precostituito arretramento»³⁰, è supportata dalle disposizioni generali contenute nell'ultima parte della Carta, le c.d. clausole orizzontali, con cui l'art. 28 deve coordinarsi.

L'art. 52, comma 1, infatti, pur garantendo il rispetto del «contenuto essenziale» dei diritti enunciati ne ipotizza anche delle eventuali limitazioni a fronte, tra l'altro, di «finalità di interesse generale riconosciute dell'Unione», in cui naturalmente rientra la promozione del pieno esercizio delle libertà economiche.

3. La difformità del bilanciamento dei diritti sociali collettivi a livello europeo rispetto all'esperienza costituzionale italiana

La tecnica di bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali collettivi utilizzata dalla Corte di Giustizia, incentrata sul concetto di proporzionalità e finora rivolta più alla tutela delle ragioni economiche che ad una equilibrata ponderazione degli interessi coinvolti³¹, è forse un'inevitabile conseguenza della costruzione dell'Unione europea, in cui il paradigma dominante, sin dalle sue origini, è quello economico-funzionalista³².

È stato, peraltro, evidenziato come, anche stabilendo una piena equivalenza gerarchica tra libertà fondamentali e diritti sociali collettivi, una concreta valorizzazione dei diritti fondamentali di contrattazione collettiva e di sciopero non possa non passare per l'indispensabile riconoscimento della prevalenza di questi ultimi rispetto alle libertà economiche³³.

Tale insegnamento proviene dalla nostra Carta costituzionale in cui il conflitto sociale non è solo riconosciuto, ma altresì promosso attraverso l'esplicito riconoscimento dei diritti ex artt. 39 e 40, che rappresentano gli strumenti necessari per la realizzazione di una democrazia in cui

³⁰ A. PIZZOFRERATO, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 547.

³¹ A. LASSANDARI, *La Corte di giustizia e il sindacato*, in VIMERCATI A. (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009, 165.

³² Cfr. A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Torino, 2007, 62; R. PESSI, *Lavoro, mercato, «ordine spontaneo», regolazione transnazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 282.

³³ U. CARABELLI, *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 sull'integrazione europea*, 2011, 228 ss.

l'uguaglianza e i diritti sociali di ogni persona sono concretamente realizzati³⁴.

Sebbene la Costituzione racchiuda una pluralità di valori non strutturati secondo una gerarchia formalmente determinata³⁵, quando si pongono a confronto le istanze di sviluppo economico con le esigenze di carattere sociale, la tensione dovrebbe essere risolta a favore di queste ultime in considerazione dell'«ineguale bilanciamento» tra le ragioni economiche e quelle sociali³⁶.

Secondo un'efficace immagine, l'impianto costituzionale italiano è icasticamente basato su una relazione triangolare tra il modello di accumulazione capitalistico garantito dall'art. 41 nella sua duplice forma di istituto (l'iniziativa economica) e di istituzione (l'impresa privata), il sistema di relazioni industriali sorretto dagli artt. 39 e 40, i diritti sociali garantiti dagli artt. 31-38³⁷.

In tale ricostruzione, da un punto di vista statico, i diritti economici sono subordinati a quelli sociali, tuttavia, da un punto di vista dinamico, è necessaria una correlazione sistematica tra i diritti sociali e gli altri due vertici del triangolo attraverso un ruolo attivo del sindacato, teso al raggiungimento di un'uguaglianza di tipo sostanziale³⁸.

L'idea di società racchiusa nel capoverso dell'art. 3 Cost. conferisce dunque un'importante funzione al soggetto collettivo e un valore aggiuntivo agli strumenti costituzionali predisposti a sua tutela, cioè la libertà sindacale e il diritto di sciopero, in quanto strutturalmente collegati al superamento delle disuguaglianze economiche e sociali presenti nella società³⁹.

Segnatamente, il diritto di sciopero, per sua natura e funzione, esclude una equiordinazione alla libertà ex art. 41 Cost., nella sua duplice declinazione di libertà di iniziativa economica privata (comma 1) e di

³⁴ In tal senso, si vedano le sentenze della Corte Costituzionale 4 maggio 1960, n. 29, in *Foro It.*, 1960, I, 709 ss., sull'illegittimità costituzionale dell'art. 502 c.p. (divieto di serrata e sciopero per fini contrattuali) e 27 dicembre 1974, n. 290, in *Foro It.*, 1975, I, 259 ss., sull'art. 503 c.p. (divieto di serrata e sciopero per fini non contrattuali).

³⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 170.

³⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Torino, 1994, 100, in cui si rinvia a M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pub.*, V, Torino 1990, 378 ss., ove è spiegata la doppia lettura del fenomeno economico capitalistico nell'ordito costituzionale ex art. 3, comma 2, ossia condizione di fatto del progresso sociale, ma allo stesso tempo suo potenziale ostacolo poiché idoneo a produrre delle disuguaglianze nella società che la Costituzione intende invece rimuovere.

³⁷ A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, 2006, 128.

³⁸ A. ANDREONI, *ult. op. cit.*, 129.

³⁹ M. RUSCIANO, *Diritto di sciopero e assetto costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 53.

libertà di dare all'iniziativa un coerente svolgimento (comma 2), poiché entrambe «costituiscono proprio le situazioni soggettive che lo sciopero ha l'obiettivo di condizionare, sicché esse si trovano, nei suoi confronti, in posizione di logica soggezione»⁴⁰.

Proprio per tali ragioni, il punto di equilibrio tra il diritto di sciopero e la libertà di cui all'art. 41 Cost., così come individuato dalla giurisprudenza italiana a partire dagli anni '80⁴¹, si fonda sulla categoria giuridica del danno alla produttività, secondo cui, posta la legittima finalità di produrre un danno economico all'impresa, il contenuto essenziale ed inviolabile della libertà di iniziativa economica è rappresentato dalla capacità produttiva, ovvero la possibilità di riprendere l'attività economica al termine dello sciopero⁴².

A livello europeo, invece, le libertà fondamentali e i diritti sociali collettivi sono posti, come già illustrato, in termini di «conflitto sbilanciato»⁴³, in cui non si effettua un reale contemperamento tra diritti pari ordinati.

La Corte di Giustizia, infatti, nel momento in cui applica il tradizionale giudizio di legittimità ai diritti sociali collettivi, riducendo questi ultimi a mere restrizioni nazionali alle libertà fondamentali, stabilisce una relazione fondata sui concetti di gerarchia e di primato delle libertà economiche, anziché operare un vero e proprio bilanciamento⁴⁴.

In un siffatto assetto, sarebbero fortemente auspicabili, anche se altamente improbabili, sia un *revirement* della Corte di Giustizia sia un incisivo intervento normativo in tal senso⁴⁵, al fine di riequilibrare il peso

⁴⁰ M. LUCIANI, *Diritto di sciopero, forma di Stato e forma di governo*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, I, 16.

⁴¹ Cfr. la storica sentenza Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, in *Giur. it.*, 1980, Parte 1, I, 1022.

⁴² Tra le pronunce più recenti v. Cass. 9 maggio 2006, n. 10624, in *Lav. giur.*, 2006, 1113; Cass. 26 settembre 2007, n. 20164, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 7; Cass. 26 novembre 2007, n. 24581, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, 979.

⁴³ Così come definito da A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009.

⁴⁴ A. 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, n. 1, 54-55.

⁴⁵ In verità, la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento (COM(2012) 130 def. del 21.03.2012), sui cui contenuti si rinvia a G. ORLANDINI, *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona*, in http://www.europeanrights.eu/public/comments/Monti_II_final.pdf; e ad A. DE SALVIA, *La proposta di «Regolamento Monti II» in materia di sciopero*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, III, 247. Tale proposta, tuttavia, non avrebbe certo costituito l'intervento normativo auspicato nel testo, poiché il suo contenuto in sostanza si limitava a recepire il giudizio di legittimità della Corte di Giustizia così come operato nei casi *Viking* e *Laval*, tanto che la proposta stessa è stata fortemente osteggiata dal sindacato europeo (ETUC) e dai Parlamenti nazionali, al punto da costringere la Commissione europea al suo ritiro lo scorso 12

dei diritti sociali collettivi⁴⁶, ma soprattutto per disinnescare la «mina vagante»⁴⁷ rappresentata dalla sentenza della Corte del Lavoro di Stoccolma, che ha condannato i sindacati svedesi coinvolti nel caso *Laval* al pagamento di ingenti danni punitivi⁴⁸, scongiurando il rischio che la stessa diventi un modello per le Corti nazionali, invece di rappresentare un mero incidente di percorso in quella che, oltre un decennio fa, è stata definita la «faticosa marcia dei diritti fondamentali»⁴⁹.

settembre. Questo mi pare dimostri l'estrema difficoltà, nella situazione concreta, di conseguire il consenso politico sufficiente a produrre un incisivo e risolutivo intervento del legislatore dell'Unione.

⁴⁶ U. CARABELLI, *ult. op. cit.*, 241 ss., propone, invece, una «soluzione interlocutoria [...] a fronte di un processo di unificazione che risulta eccessivamente sbilanciato in favore degli interessi del capitale rispetto a quelli del lavoro»: il ricorso alla 'teoria dei controlimiti' in chiave di tutela del «DNA politico e sociale della nostra Repubblica, quale disegnato nella Carta costituzionale del 1948».

⁴⁷ S. SCIARRA, *Il diritto di sciopero nel dialogo fra corti. Casi nazionali a confronto dopo Laval*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, 367.

⁴⁸ 2 dicembre 2009, n. 89, su cui E. SACCA, *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno "da sciopero" e innovazioni legislative (indotte)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, n. 86/2010; R. ZAHN, B. DE WITTE, *La prospettiva dell'Unione europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, 433 ss.

⁴⁹ B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 779.