



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2016

CRISI E CONFLITTI NELL'UNIONE EUROPEA: UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea

di STEFANO GIUBBONI

**LIBERTÀ D'IMPRESA E DIRITTO DEL LAVORO
NELL'UNIONE EUROPEA**

di *Stefano Giubboni*
Professore associato di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Perugia

ABSTRACT

ITA

L'autore analizza criticamente la recente giurisprudenza della Corte di giustizia sulla libertà contrattuale dell'imprenditore come limite al potere degli Stati membri di intro-durre discipline protettive del lavoro subordinato dirette a stabilire standard di tutela più favorevoli rispetto a quelli previsti dalle direttive europee, proponendo una lettura alter-nativa dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

EN

This article offers a critical-contextual analysis of the recent case law of the European Court of Justice on the business-contractual freedom as an employers' fundamental right against alleged disproportional employees' job protection as provided for by national legislatures in the field of application of EU law. The author challenges such neoliberal understanding of the freedom of enterprise and argues for an alternative and more-balanced interpretation of Article 16 of the EU Charter of fundamental rights.

LIBERTÀ D'IMPRESA E DIRITTO DEL LAVORO NELL'UNIONE EUROPEA^(*)

di Stefano Giubboni

SOMMARIO: 1. *Introduzione*; 2. *Embedded liberalism*; 3. *Conflitti teorici e convergenze pratiche*; 4. *Neoliberalism*; 5. *Licenziare a Calci-de*; 6. *Unitas in pluralitate: per un'Unione europea più rispettosa delle varietà nazionali di capitalismo democratico.*

1. Introduzione

«L'Unione europea si fonda su un'economia di libero mercato, il che implica che le imprese devono essere libere di gestire la propria attività nel modo che ritengono più opportuno. Ci si chiede, quindi, quali siano i limiti all'intervento degli Stati membri volto a garantire la sicurezza del lavoro per i lavoratori. Su tale questione la Corte è chiamata a pronunciarsi nell'ambito del presente rinvio pregiudiziale»¹.

Benché la traduzione dall'inglese dell'originale sia tutt'altro che impeccabile («*job security for workers*» ha un significato tecnico evidentemente equivocado, e quantomeno annacquato, dall'espressione «sicurezza del lavoro per i lavoratori»)², l'*incipit* delle conclusioni presentate dall'Avvocato generale Nils Wahl in *AGET Iraklis* non potrebbe essere più chiaro: la posta in gioco del rinvio pregiudiziale sulla compatibilità della disciplina greca in tema di licenziamento collettivo con la libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali è niente di meno che il «posto» del diritto del lavoro in un'economia di libero mercato, qual è quella istituita dai Trattati europei. E non è un caso

(*) Il saggio trae occasione dalla relazione svolta al workshop: *The Displacement of Social Europe. A Law in Context Inquiry* (Firenze, Istituto Universitario Europeo, 15-16 dicembre 2016).

¹ Avvocato generale Nils Wahl, par. 1 delle conclusioni presentate il 9 giugno 2016 nella causa C-201/15, *Anonymi Geneki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis)*.

² A meno di non supporre, nel traduttore, la dotta lettura di P. LOI, *La sicurezza. Diritto e fondamento dei diritti nel rapporto di lavoro*, Torino, 2000.

che questa questione – così radicale nella sua semplice formulazione – si appunti su di un elemento essenziale sul piano tecnico e simbolico, e per questo così controverso, della «sicurezza del lavoro per il lavoratori», quale è quello dei limiti al potere di recesso che gli Stati membri sono autorizzati ad imporre ai datori di lavoro senza violare la libertà d'impresa protetta dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La posta in gioco della questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato ellenico è apparsa ben chiara anche alla Grande Sezione della Corte di giustizia, che nella elaborata sentenza del 21 dicembre 2016 con la quale ha deciso il caso, pur sfumando il tono baldanzosamente neoliberale dell'Avvocato generale Wahl, ha accolto nella sostanza le conclusioni da questi suggerite, dichiarando la incompatibilità con l'art. 49 TFUE della normativa greca di recepimento della direttiva 98/59/CE in materia di licenziamento collettivo. Il caso *AGET Iraklis* offre dunque un'occasione imperdibile, ben al di là degli aspetti tecnici della disciplina sottoposta a rinvio pregiudiziale, per ripercorrere i passaggi essenziali che hanno reso possibile la formulazione, proprio in questi termini, di una questione così cruciale, che investe la legittimità stessa del diritto del lavoro in un'economia di libero mercato, fondata su una libertà di iniziativa economica che – è questo il punto – non sembra di per sé poter (più) tollerare interferenze regolative che non siano (strettamente) giustificate.

Rovesciando il punto di vista dell'Avvocato generale Wahl e della stessa Corte, contesteremo la legittimità stessa di una tale domanda, che oggi può apparirci ammissibile solo a patto di accettare una radicale rottura, una revisione e quasi un completo rovesciamento, delle assunzioni sul «posto» del diritto del lavoro nella costruzione del mercato interno, che sono state, per un lungo tratto, alla base del processo di integrazione europea. Si tratta – come argomenteremo – di una rottura consumatasi solo in tempi recenti, in buona sostanza a partire dal celebre quartetto inaugurato dalle sentenze *Viking* e *Laval*³, e che oggi

³ Torneremo più avanti sul significato di rottura dei paradigmi interpretativi sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro, sino ad allora prevalenti, che è da attribuire a queste sentenze (cause C-438/05, *Viking*; C-341/05, *Laval*; C-346/06, *Rüffert*; C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*); non è invece il caso di indugiare in questa sede sulla straripante letteratura fiorita su di esse (possiamo peraltro rinviare all'eccellente sintesi del

può contare, nell'ultima giurisprudenza della Corte di giustizia, sul sostegno di una lettura del tutto originale – e del tutto inaccettabile – della libertà d'impresa come diritto fondamentale protetto dall'art. 16 della Carta di Nizza.

Nelle originarie assunzioni dei trattati istitutivi delle Comunità europee, alla metà degli anni cinquanta del '900, quella domanda non sarebbe in effetti stata legittima: per meglio dire, la questione di quale fosse il posto del diritto del lavoro nel nascente mercato comune non avrebbe potuto essere posta nei termini in cui la formula (e la risolve), oggi, in modo così *tranchant*, l'Avvocato generale Wahl. Giacché in quelle assunzioni, così come esplicitate nei celebri rapporti Ohlin e Spaak e poi coerentemente tradotte dal Trattato istitutivo della CEE del 1957, era pacifico che la istituzione di un mercato transnazionale non avrebbe dovuto né potuto legittimamente interferire con le funzioni assolute dai diversi sistemi di diritto del lavoro dei paesi fondatori, cui infatti competeva di decidere – in piena autonomia – quali fossero i limiti, secondo i rispettivi ordinamenti costituzionali, dell'intervento «volto a garantire la sicurezza del lavoro per i lavoratori».

Il punto di vista che potremmo chiamare originario – nell'atto di nascita del mercato comune – era dunque esattamente capovolto rispetto a quello che appare oggi quasi naturale all'Avvocato generale Wahl e alla Corte di giustizia in *AGET Iraklis*. L'espressione *embedded liberalism*, che anche in passato abbiamo preso in prestito da John Gerald Ruggie per sinterizzare il senso di quelle originarie assunzioni costituzionali⁴, condensa assai efficacemente quel punto di vista: la

dibattito svoltosi in questi anni contenuta nel recente volume a cura di M. FREEDLAND e J. PRASSL, *Viking, Laval and Beyond*, Oxford - Portland, Oregon, 2014).

⁴ V. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, pp. 17 ss., ove si richiama appunto lo studio di J.G. RUGGIE, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in *International Organization*, 1982, n. 2, pp. 379 ss., che a sua volta – evidentemente – è tributario, non soltanto nella terminologia impiegata, della seminale ricostruzione di Karl POLANYI, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston, 1944 (che consultiamo nell'edizione del 2010 con prefazione di J.E. STIGLITZ e introduzione di F. BLOCK). In termini analoghi, da ultimo, D. ASHIAGBOR, *Unravelling the Embedded Liberal Bargain: Labour and Social Welfare Law in the Context of EU Market Integration*, in *European Law Journal*, 2013, pp. 303 ss. Per una originale rivisitazione critica

legittimità del diritto del lavoro – che in quella visione è e deve restare essenzialmente nazionale – non può dipendere dal funzionamento del mercato comune; sono, al contrario, i modi in cui si procede alla costruzione di quest’ultimo, mediante il diritto comunitario, a doversi mantenere in una logica di coerenza con l’armonizzazione «nel progresso» dei sistemi sociali nazionali, secondo la formula dell’art. 117 del Trattato CEE (di cui reca ancora precisa traccia lessicale l’art. 151 TFUE). La legittimità formale dell’integrazione del mercato comune attraverso il diritto europeo riposa, infatti, in quella visione, (anche) sulla forza di legittimazione materiale dei sistemi di diritto del lavoro e di protezione sociale nazionali.

Quel punto di vista ha peraltro mantenuto la sua presa performativa per molto tempo, ed a ben vedere non era stato ancora abbandonato neppure quando – a partire dalla seconda metà degli anni ottanta – l’originario equilibrio tra mercato interno e diritti del lavoro degli Stati membri, prefigurato dal Trattato di Roma, aveva visibilmente cominciato a incrinarsi, con una sempre più evidente tendenza dei principi di libera concorrenza e di libertà di circolazione di merci e servizi a infiltrarsi nei territori un tempo ben riparati dei sistemi sociali nazionali⁵. È significativo che ancora nel 1993, quando quella tendenza si era già chiaramente manifestata nella famosa saga giurisprudenziale del divieto di lavoro domenicale⁶, l’Avvocato generale Tesauro avvertisse la necessità di mettere espressamente in guardia la Corte di giustizia contro la pretesa della libertà di commercio di assurgere a una sorta di meta-parametro costituzionale cui commisurare ogni misura regolativa nazionale, sollevando la stessa questione che campeggia nell’*incipit* dell’opinione di Nils Wahl in *AGET Iraklis*, ma in termini esattamente rovesciati: «L’art. 30 del Trattato CEE è una norma di liberalizzazione degli scambi comunitari ovvero una norma destinata più in generale a

del processo di integrazione europea nella prospettiva di un «*socially embedded constitutionalism*» v., infine, D. SCHIEK, *Economic Integration and Social Integration. The Challenge for EU Constitutional Law*, Cheltenham, 2013, pp. 6 ss.

⁵ D’obbligo, qui, il rinvio a G. LYON-CAEN, *L’infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit ouvrier*, 1992, pp. 313 ss.

⁶ Cfr. solo M. POIARES MADURO, *Never on Sunday – What Has (EU) Law Got to Do with It?*, in S. SCIARRA (ed.), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford - Portland (Oregon), 2001, pp. 273 ss.

promuovere l'esercizio della libertà commerciale nei singoli Stati membri?»⁷.

L'intento di questo contributo è allora quello di comprendere in che modo è potuto avvenire il rovesciamento di quelle assunzioni costituzionali, ripercorrendo i momenti topici della giurisprudenza della Corte di giustizia sul rapporto tra libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'ordinamento dell'Unione. La fortissima carica de-regolativa che una recente corrente giurisprudenziale tende ad attribuire oggi all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel nome della libertà d'impresa rappresenta certo la manifestazione più insidiosa e ideologicamente più radicale di questo rovesciamento del rapporto tra regole di mercato e diritto del lavoro, che trova nella svolta di *Viking* e *Laval* il suo vero punto di abbrivio. Si tratta nondimeno di una tendenza che, sebbene si sia rafforzata nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e riceva ora una conferma molto significativa con *AGET Iraklis*, non può considerarsi ancora del tutto consolidata.

La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia ospita visioni alternative a tale riduzionistica ridefinizione in chiave neoliberista della costituzione economica europea, certamente implicata dalle letture assolutizzanti della libertà d'impresa e dell'autonomia contrattuale asseritamente garantita dall'art. 16 della Carta di Nizza agli operatori economici. Una concezione della libertà d'impresa e dell'economia di mercato caricaturalmente semplificata come pura licenza di agire senza vincoli (che non siano funzionali alla efficienza allocativa) degli attori economici non è coerente con il quadro normativo dell'Unione come riformato dal Trattato di Lisbona ed appare incompatibile con l'architettura composita della stessa costituzione economica europea, la cui legittimazione sociale continua in definitiva a dipendere dalla capacità di contenere al proprio interno la accentuata varietà dei modelli di capitalismo nazionale⁸.

⁷ Avvocato generale Giuseppe Tesauro, par. 1 delle conclusioni presentate il 27 ottobre 1993 nella causa C-292/92, *Hüntermund*. Ma un avvertimento del tutto analogo era già giunto dall'Avvocato generale Van Gerven nelle conclusioni rese nella causa C-145/88, *Torfaen Borough Council*.

⁸ Sarebbe peraltro paradossale che, dopo *Brexit*, il modello implicitamente assunto a parametro costituzionale dalla Corte di giustizia fosse quello anglosassone della *liberal market economy*, famosamente tipizzato in contrapposizione al modello della *coordinated*

Le conclusioni serviranno ad abbozzare possibili percorsi alternativi di lettura dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in questa direzione.

2. *Embedded liberalism*

La giurisprudenza del periodo formativo è assai parca di riconoscimenti in tema di libertà di impresa nel mercato comune. La prima sentenza in cui si afferma che l'ordinamento comunitario protegge, sulla base delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e delle previsioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il diritto di proprietà e la libertà commerciale delle imprese nel mercato comune è *Nold*⁹, la pronuncia del 1974 generalmente considerata capostipite – insieme a *Internationale Handelsgesellschaft*, del 1970¹⁰ – della stagione della creazione pretoria di un sistema di tutela sovranazionale dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia¹¹.

Senonché, in quella pronuncia, come pure nella non numerosa giurisprudenza che vi ha dato seguito¹², il riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata è accompagnato dalla forte sottolineatura dei limiti che gli Stati membri, e le stesse istituzioni comunitarie,

market economy da P.A. HALL e D. SOSKICE, *An Introduction to Varieties of Capitalism*, in IDD. (eds.), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, 2001, pp. 1 ss. Sulla resilienza delle varietà di capitalismo democratico di fronte alle comuni pressioni verso la liberalizzazione dei mercati, congiuntamente esercitate sui paesi dell'Unione dalla globalizzazione e dal processo di integrazione europea, v. più di recente l'importante ricerca comparata di K. THELEN, *Varieties of Liberalization and the New Politics of Social Solidarity*, Cambridge, 2014.

⁹ Causa 4/73.

¹⁰ Causa 11/70.

¹¹ V. per tutti M. KUMM, *Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The Past and the Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford - Portland (Oregon), 2010, pp. 106 ss.

¹² V., anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali, la puntuale rassegna di A. USAI, *The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order: A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social, and Political Integration*, in *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n. 9, pp. 1867 ss.

possono stabilire a tutela dell'interesse pubblico di volta in volta perseguito nei rispettivi ambiti di competenza. È in quella sentenza che viene per la prima volta utilizzata la formula – poi consolidatasi nella giurisprudenza successiva – per cui la libertà di iniziativa economica protetta dall'ordinamento comunitario non costituisce un diritto assoluto, potendo subire le limitazioni dettate dall'interesse pubblico in ragione della funzione sociale che ne caratterizza (e al contempo ne limita) il riconoscimento, alla stregua delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri della (allora) Comunità economica europea. Ed in effetti il caso deciso da *Nold* è emblematico della profondità cui potevano legittimamente spingersi tali limitazioni, in particolare nell'impianto pesantemente regolato e dirigistico del mercato comune del carbone istituito dal Trattato CECA del 1951.

L'esigenza, avvertita dalla Corte di giustizia in quella prima occasione, di riconoscere la libertà di iniziativa economica alla luce della funzione sociale da essa svolta nella integrazione del mercato comune va calata nel contesto di quello che si è sopra definito il modello dell'*embedded liberalism*. Il riconoscimento della funzione sociale della libertà d'impresa e del diritto di proprietà – in sintonia con le tradizioni costituzionali dei sei paesi fondatori della CECA e della CEE – è senz'altro coerente con l'assunto di fondo di quel modello, che concepisce la creazione del mercato comune come progetto affidato, sul piano transnazionale, alle libertà economiche garantite dal diritto comunitario, che è al contempo fermamente radicato, a livello nazionale, nelle istituzioni sociali degli Stati membri.

Il riconoscimento della funzione sociale della libertà di iniziativa economica, protetta dall'ordinamento comunitario per il suo stretto collegamento funzionale con la libera circolazione delle merci nel mercato comune, può essere in questo senso letto come una forma di deferenza costituzionale verso le istituzioni sociali degli Stati membri. La funzione sociale riconosciuta dalla Corte di giustizia in *Nold* rispettava, in questa logica, le scelte compiute dalle costituzioni nazionali, adattandovisi, per cui, in Italia, essa ben poteva essere letta in piena sintonia con il limite della utilità sociale stabilito – insieme a quello del rispetto della sicurezza e della dignità umana – dall'art. 41, comma 2, Cost. Ed è sintomatico di questa complementarità – che appunto riflette il compromesso dell'*embedded liberalism* – il fatto che, in Italia, tutto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul significato del riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica privata,

e dei relativi limiti (a cominciare da quello dell'utilità sociale), abbia potuto interamente svolgersi, praticamente sino a tutti gli anni ottanta¹³, dentro il perimetro disegnato dall'art. 41 Cost.¹⁴, e – con pochissime eccezioni – quasi in assenza di riferimenti agli sviluppi normativi e giurisprudenziali comunitari, di cui veniva implicitamente assunta – quando non l'irrilevanza – la sostanziale sintonia con le direttive fornite dalla Costituzione nazionale.

Si è in precedenti occasioni avuto modo di osservare come l'attenzione alle istituzioni sociali conformative del mercato venisse declinata, nei Trattati istitutivi, riconoscendo agli Stati membri piena libertà di azione, in particolare nella sfera delle politiche sociali e del lavoro¹⁵. Ciò spiega la sostanziale assenza di competenze sociali in particolare nel Trattato istitutivo della CEE, sulla scorta delle indicazioni fornite nel rapporto redatto nel 1956 dalla commissione di esperti presieduta da Bertil Ohlin, poi riprese nel rapporto Spaak¹⁶.

Come è stato autorevolmente suggerito, il modello teorico giuseconomico che meglio di altri è in grado di spiegare la filosofia ispiratrice di tale originario assetto di competenze – di questa divisione costituzionale del lavoro tra Comunità e Stati membri, che voleva allocata alla prima la funzione di integrare gradualmente i mercati mentre attribuiva ai secondi il compito di costruire gli istituti della cittadinanza sociale dentro i confini nazionali – è quello offerto dagli ordoliberali tedeschi. Le affinità tra le prescrizioni dell'ordoliberalismo e la costruzione della CEE nel 1957 sono indubbiamente notevoli.

¹³ È sintomatica di questa impostazione la voce di M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, pp. 373 ss., che – negando l'autonomia del concetto di costituzione economica – ricorda come «il modello di struttura economica disegnato in Costituzione è dunque intimamente legato al sistema costituzionale dei rapporti sociali e politici» (p. 376).

¹⁴ Cfr. tra i molti, a puro titolo indicativo di tale diffuso orientamento, A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, pp. 582 ss.; F. GALGANO, *Articolo 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione – Rapporti economici*, Tomo II, Bologna, 1982, pp. 8 ss.

¹⁵ Sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, pp. 31 ss.

¹⁶ Cfr. P. DAVIES, *The Emergence of European Labour Law*, in W. MCCARTHY (ed.), *Legal Intervention in Industrial Relations. Gains and Losses*, Oxford, 1992, pp. 313 ss.; S. Deakin, *Labour Law as Market Regulation: The Economic Foundations of European Social Policy*, in P. DAVIES, A. LYON-CAEN, S. SCIARRA, S. SIMITIS (eds.), *European Community Labour Law. Principles and Perspectives*, Oxford, 1996, pp. 63 ss.

È anzitutto coerente con quel modello teorico, assai influente in Germania negli anni formativi delle istituzioni comunitarie¹⁷, la *raison d'être* di quella divisione di competenze tra livello comunitario e livello nazionale, con la «scissione della dimensione sociale dalla istituzionalizzazione di un sistema europeo di concorrenza non distorta»¹⁸. Come ha osservato Christian Joerges, «nella impostazione ordoliberal la Comunità acquisiva una propria legittimità (...) come ordinamento rivolto alla garanzia delle libertà economiche ed alla protezione della concorrenza da parte delle istituzioni sovranazionali. Questa legittimazione era indipendente da quella delle istituzioni democratiche degli Stati costituzionali. Nello stesso tempo, essa imponeva dei limiti alla Comunità: le politiche economiche dovevano infatti ritenersi illegittime»¹⁹. La costituzione economica europea non avrebbe infatti potuto estendersi a sfere di azione caratterizzate da una elevata salienza di conflitti distributivi tra i diversi interessi collettivi in gioco, di per sé connotate da una densa discrezionalità politica. Tali sfere di azione non sono infatti riducibili a fattispecie puntualmente definibili e quindi non sono «vincolabili da regole costituzionali basate come tali su criteri giustiziabili»²⁰. Quelle regole – in tale ideale costituzionale – debbono per loro natura riguardare i presupposti del funzionamento del mercato comune (con la istituzionalizzazione delle libertà economiche fondamentali e del principio della concorrenza non distorta), ma non possono toccare la sfera delle politiche economiche e sociali che presuppongono scelte contingenti e discrezionali.

In sintesi, «l'Europa veniva costituita come sistema duale. La sua costituzione economica era apolitica, nel senso che non era soggetta a interventi di natura politica. E questa era la sua ragion d'essere costituzionale-sovrana. La politica sociale era trattata come un ambito categoricamente distinto. Essa costituiva il dominio della discrezionalità politica dei legislatori nazionali e come tale doveva restare

¹⁷ Cfr. C. JOERGES, *A New Alliance of De-legalisation and Legal Formalism? Reflections on Responses to the Social Deficit of the European Integration Project*, in *Law Critique*, 2008, pp. 235 ss.

¹⁸ Ancora C. JOERGES, *What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, in *European Law Review*, 2005, pp. 461 ss., qui p. 471.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ E. MESTMÄCKER, *Macht – Recht – Wirtschaftsverfassung*, in «*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*», n. 137, 1973, pp. 97 ss, qui p. 106.

loro appannaggio. Il radicamento sociale del mercato poteva e doveva essere realizzato dagli Stati membri in forme differenziate – e per un decennio e oltre, questo equilibrio è in effetti apparso stabile»²¹. Per questa stessa ragione, nell'originario assetto costituzionale dei Trattati istitutivi, la politica sociale doveva restare riservata alla sovranità democratica nazionale, anche al fine di assicurare il necessario rispetto dell'autonomia collettiva delle organizzazioni sindacali.

Non è superfluo osservare come questo assetto di rapporti tra regole del mercato e diritti del lavoro nazionali – rispettoso delle varietà delle forme di capitalismo democratico caratterizzanti i diversi paesi membri della Comunità²² – fosse pienamente coerente con un altro classico paradigma interpretativo dell'integrazione europea, non meno influente di quello proposto dagli epigoni dell'ordoliberalismo a cavallo tra gli anni cinquanta e sessanta. Anche nella notissima ricostruzione di Joseph Weiler²³, il «carattere duale» del sistema comunitario implica un necessario equilibrio dinamico tra diritto e politica nella costruzione europea. Anche in quel modello il diritto sovranazionale non avrebbe dovuto, né potuto, invadere la sfera riservata al processo politico (intergovernativo), sede elettiva del compromesso tra le diverse costellazioni nazionali di capitalismo democratico. Ed è proprio l'equilibrio tra struttura giuridica e processo politico del sistema comunitario a scongiurare – almeno sino alla metà degli anni ottanta²⁴ – sia una *deficit* democratico, che un *deficit* sociale delle Comunità europee²⁵.

²¹ C. JOERGES, *What is Left of the European Economic Constitution?*, cit., p. 471. In termini analoghi, F.W. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in «Journal of Common Market Studies», 2002, pp. 645 ss., parla di *de-coupling* tra sfera sovranazionale del mercato e sfera nazionale delle politiche sociali.

²² Per questo D. ASHAGBOR, *Unravelling the Embedded Liberal Bargain*, cit., p. 305, parla, giustamente, di «*varieties of embeddedness*».

²³ J.H.H. WEILER, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1981, n. 1, pp. 257 ss.

²⁴ V. ancora J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985.

²⁵ Altrove abbiamo avuto modo di notare come, con paradosso solo apparente, la questione del *deficit* sociale comunitario si sia effettivamente affacciata solo dopo che, con all'Atto unico europeo del 1986, fu introdotta nel Trattato di Roma una prima base giuridica autonoma – ancorché circoscritta alle materie della tutela della sicurezza dei lavoratori nell'ambiente di lavoro – per la realizzazione di politiche sociali di armonizzazione. In realtà, quando nei primi anni settanta si avvertì l'esigenza di un'Europa dal «volto umano» e fu varato il primo programma di azione sociale della Comunità, quel *deficit* non si era

Anche la teoria della Comunità come nuovo tipo di pubblico potere regolatore – formulata da Giandomenico Majone – contribuisce, infine, a razionalizzare la coerenza complessiva di questo assetto, spiegando in particolare l'estensione delle competenze comunitarie avviata dall'Atto unico europeo verso ambiti di regolazione sociale funzionali al rilancio del progetto integrativo in vista della realizzazione del mercato unico senza frontiere interne²⁶. Anche in quel modello, infatti, la legittimazione non-maggioritaria di tipo tecnico, che è propria dello Stato regolatore anche nell'esperienza del federalismo nordamericano, delimita gli spazi della regolazione sociale agli ambiti nei quali occorre prevenire o correggere fallimenti del mercato, mentre impedisce di estendere una siffatta competenza funzionale alla sfera della politica sociale, ovvero delle scelte redistributive che si legittimano in base a principi di giustizia materiale aperti come tali alla contesa tra i diversi attori politici e sociali operanti nello spazio pubblico nazionale²⁷. E larga parte del diritto del lavoro ha direttamente a che fare proprio con questo tipo di scelte distributive, con la conseguenza che il livello appropriato di intervento è – ancora una volta – quello dello Stato sociale nazionale, essendo quella l'arena in cui si svolge il conflitto collettivo ed ha luogo la competizione democratica tra le forze politiche.

In definitiva, qualunque modello euristico o interpretativo si adotti, sembra evidente che in quello che si è chiamato il compromesso originario dell'*embedded liberalism* la domanda su quale fosse lo spazio

ancora manifestato nei termini in cui sarebbe stato tematizzato a partire dal decennio successivo. Il carattere duale del sistema comunitario, nella ricostruzione weileriana, o il *decoupling* tra economico e sociale, nella prospettiva ordoliberal, assicuravano la legittimazione del processo integrativo «attraverso il diritto», senza *deficit* di tipo democratico o sociale. Cfr. S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: paradossi, rischi, opportunità*, in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, pp. 95 ss.

²⁶ Cfr. G. MAJONE, *The European Community between Social Policy and Social Regulation*, in *Journal of Common Market Studies*, 1993, pp. 153 ss.; ID., *Regulating Europe*, London, 1996.

²⁷ Per un recente riesame, seppure nell'ambito di una valutazione assai problematica delle progressive crisi di legittimazione dell'Unione determinata dalla corrosione della congruenza funzionale di tale modello nella nuova *governance* economica europea, v. G. MAJONE, *Europe as the Would-be Power. The EU at Fifty*, Cambridge, 2009, 128 ss.; ID., *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis. Has European Integration Gone Too Far?*, Cambridge, 2014, pp. 149 ss.

del diritto del lavoro in una economia di libero mercato non potesse essere legittimamente rivolta alla Corte di giustizia, essendo riservata – per la natura intrinsecamente politica delle questioni poste dal conflitto distributivo tra capitale e lavoro nelle diverse costellazioni nazionali di capitalismo – agli attori (politici, collettivi, istituzionali) delle arene democratiche nazionali. Ciò che spiega anche perché, storicamente, una questione del genere non si sia in effetti in alcun modo posta, tantomeno nei termini in cui l’ha formulata l’Avvocato generale Wahl nelle sue conclusioni e l’ha poi risolta la Corte di giustizia in *AGET Iraklis*, per tutti i lunghi anni in cui quel modello ha conformato le concrete dinamiche dell’integrazione europea.

3. Conflitti teorici e convergenze pratiche

Il quadro descritto sin qui muta rapidamente a partire dalla metà degli anni ottanta. Lo spartiacque può essere convenzionalmente fissato nell’entrata in vigore dell’Atto unico europeo, ma è evidente che i fattori di mutamento sono molteplici e ben più profondi²⁸, affondando le loro radici in un riorientamento complessivo del processo di integrazione verso la liberalizzazione del mercato interno e l’abbattimento degli ostacoli regolativi alla libertà di movimento dei fattori produttivi, che era già stato largamente anticipato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla libera circolazione delle merci con i *grands arrêts Dassonville* e *Cassis de Dijon*²⁹.

In questa sede preme mettere a fuoco unicamente l’elemento di mutamento che appare più significativo nell’ottica della nostra analisi. Esso va individuato nella trasformazione del rapporto tra regole del mercato interno e diritti del lavoro nazionale, con la progressiva perdita di autonomia dei sistemi nazionali rispetto ai dettami della nuova razionalità economica codificata dal principio del mutuo riconosci-

²⁸ V. ora lo splendido affresco storico di P. THER, *Europe Since 1989. A History*, Princeton - Oxford, 2016 (ma il titolo originale in tedesco è più evocativo: *Die neue Ordnung auf dem alten Kontinent: eine Geschichte des neoliberalen Europa*, Berlin, 2014).

²⁹ Si tratta delle celebri sentenze pronunziate dalla Corte di giustizia rispettivamente nella cause 8/74 e 120/78. Sul significato costituzionale di questa giurisprudenza, nella vastissima letteratura, v. principalmente M. POIARES MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1999.

mento e dal divieto di ostacoli non discriminatori alla libera circolazione dei fattori produttivi³⁰, in una logica di sempre più accentuata concorrenza tra ordinamenti nello spazio economico comune³¹. Se nell'originario equilibrio congegnato dai Trattati istitutivi integrazione economica e politica sociale appartengono a due sfere autonome, ancorché complementari, nella nuova costituzione del mercato unico senza barriere interne anche i sistemi di diritto del lavoro – in quanto regimi regolativi che limitano l'accesso al mercato – vengono progressivamente assoggettati ad un controllo di proporzionalità che tende programmaticamente a privilegiare gli ordinamenti nazionali che garantiscono una maggiore efficienza allocativa.

Osservato in prospettiva storica, questo *rencontre* tra regole del mercato (interno) e diritto del lavoro (nazionale) è fenomeno che deve peraltro apparirci persino inevitabile. Ci ricorda della costitutiva ambivalenza del diritto del lavoro come «tecnica reversibile» di regolazione del conflitto distributivo tra capitale e lavoro³². Nella classica lezione di Gérard Lyon-Caen il diritto del lavoro è prima di tutto diritto dell'economia capitalistica, assolvendo il compito fondamentale di costituire la relazione di subordinazione giuridica, e quindi di sfruttamento della forza-lavoro, all'interno di un contratto tra soggetti formalmente liberi e uguali³³. La funzione antagonistica – di emancipazione del lavoratore – che è propria del diritto del lavoro si innesta dialetticamente nel vincolo di subordinazione senza per ciò stesso metterlo in discussione, in una logica compromissoria incessantemente esposta alle variabili condizioni dei rapporti di forza in gioco e per questo destinata a produrre esiti sempre reversibili³⁴. Il diritto del la-

³⁰ Colgono bene tale aspetto P. SYRPIS e T. NOVITZ, *The EU Internal Market and Domestic Labour Law: Looking beyond Autonomy*, in A. BOGG, C. COSTELLO, A.C.L. DAVIES, J. PRASSL (eds.), *The Autonomy of Labour Law*, Oxford - Portland (Oregon), 2015, pp. 291 ss.

³¹ Cfr. per tutti A. SUPIOT, *Le droit du travail bradé sur le «marché de normes»*, in *Droit social*, 2005, pp. 1087 ss.; ID., *Law and Labour*, in *New Left Review*, 2006, n. 39, pp. 109 ss.

³² G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, 1995.

³³ Cfr. anche A. SUPIOT, *The Dogmatic Foundations of the Market*, in *Industrial Law Journal*, 2000, pp. 321 ss., spec. p. 323.

³⁴ Si veda G. LYON-CAEN, *Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée*, in *Droit ouvrier*, 2004, pp. 49 ss., dove il grande giuslavorista francese riprende lo studio giovanile del 1950 nel quale aveva fornito questa celebre definizione del diritto del lavoro: «Le Droit du travail est l'ensemble des règles qui régissent: 1. L'exploitation du travail humain en régime capitaliste; 2. Les instruments de la lutte ouvrière contre cette exploitation; 3. Les résultats de cette lutte, c'est-à-dire les modifications incessantes subies par le

voro è dunque inseparabile dalla regolazione del mercato semplicemente perché ne è uno degli elementi costitutivi.

L'elemento di novità va allora cercato altrove, e precisamente nella strutturale asimmetria normativa in cui è ora destinato a riprodursi questo confronto dialettico tra regole del mercato e funzione protettivo/emancipativa del diritto del lavoro³⁵. Mentre assicura alle regole del mercato – e in particolare alle libertà economiche fondamentali – una forza di integrazione negativa sublimata dalla *primauté* sovranazionale, il diritto dell'Unione europea è, infatti, strutturalmente inidoneo – salvo che per talune aree di quella che Majone chiama regolazione sociale – a fornire misure compensative di tipo protettivo, che ripristinino allo stesso livello europeo l'autonomia perduta dal diritto del lavoro all'interno dei confini degli ordinamenti nazionali. L'asimmetria costituzionale tra integrazione negativa e positiva non è stata del resto corretta, se non marginalmente, nemmeno dalla estensione delle competenze legislative dell'Unione in materia di politiche sociali, avviata dall'Atto unico europeo e completata dal Trattato di Lisbona, visto che il rafforzamento delle basi giuridiche dei Trattati istitutivi – ritenuto per lungo tempo il rimedio più efficace per curare il *deficit* sociale comunitario – ha storicamente coinciso con il grande allargamento dell'Unione, con l'ingresso nel mercato interno di paesi affacciatisi recentemente al capitalismo. L'esplosione della eterogeneità dei modelli di capitalismo nazionale, dovuta in particolare all'ingresso dei paesi dell'*ex* blocco comunista, convertitisi a tappe forzate all'economia di mercato con debolissimi sistemi di relazioni industriali, ha di fatto reso impossibile qualunque ipotesi di fissazione di *standard* protettivi minimi a livello dell'Unione, accelerando la cri-

régime d'exploitation lui-même). Sull'attualità di questa lezione v. gli atti del convegno internazionale dedicato a Gérard Lyon-Caen all'indomani della sua scomparsa: *Le droit du travail confronté à l'économie*, Paris, 2005 (ed. ivi, in particolare, i contributi di U. ROMAGNOLI, *Libres propos sur le rapports entre économie et droit du travail*, pp. 7 ss.; A. JEAMMAUD, *Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement*, pp. 15 ss.; A. LYON-CAEN, *À propos de l'adjectif «économique» dans la langue du droit*, pp. 137 ss.; S. SIMITIS, *Un débat international*, pp. 145 ss). V. infine, per una recente rielaborazione, H. ARTHURS, *Labor Law as the Law of Economic Subordination and Resistance: A Thought Experiment*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2013, vol. 34, pp. 585 ss.

³⁵ Cfr. più di recente l'importante riflessione storico-critica di R. DUKES, *The Labour Constitution. The Enduring Idea of Labour Law*, Oxford, 2014.

si peraltro già conclamata al famoso vertice di Lisbona del 2000 del modello dell'armonizzazione sociale mediante direttive. E la crisi multipla che ha investito l'Unione dopo il 2008 ha accentuato questa eterogeneità, innescando traiettorie di divergenza tra i livelli di competitività e di sviluppo dei sistemi economici nazionali che acquisiscono divisioni vecchie e ne producono di nuove (dentro e fuori l'Eurozona, tra paesi dell'Ovest e dell'Est, del Nord e del Sud, tra Stati creditori e debitori, tra paesi in *surplus* commerciale o in *deficit* nella bilancia dei pagamenti, e così via)³⁶.

Tuttavia, per tornare all'oggetto specifico di questa indagine, è innegabile che almeno in una prima fase, che in pratica giunge sino alla svolta operata con il quartetto aperto dalle sentenze *Viking* e *Laval*, la Corte abbia fatto un uso accorto della panoplia di strategie argomentative consentite dall'abbondanza di riferimenti a principi, valori e obiettivi di natura latamente sociale, consolidati nel diritto primario dell'Unione già dal Trattato di Amsterdam, per temperare ed invero in larga misura per sterilizzare l'effetto de-regolativo potenzialmente prodotto dalla eccedenza strutturale delle forme di integrazione negativa sui sistemi nazionali di diritto del lavoro. Con una metafora già utilizzata in passato³⁷, si potrebbe dire che la Corte di giustizia – almeno in questa fase – abbia scongiurato il conflitto teorico (e il rischio di collisione costituzionale), insiti potenzialmente nell'asimmetria tra integrazione negativa e positiva, recuperando spazi di autonomia dei sistemi nazionali di diritto del lavoro attraverso sapienti tecniche di bilanciamento, volte a ristabilire una convergenza pratica tra le istanze del mercato interno e quelle della salvaguardia dei regimi di protezione sociale degli Stati membri.

Come è stato persuasivamente osservato³⁸:

³⁶ Basti richiamare al riguardo la lucidissima analisi di F. SCHARPF, *After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy*, in *European Law Journal*, 2015, pp. 384 ss. Per un acuto sguardo dalla «periferia» esteuropea v. D. KUKOVEC, *Law and the Periphery*, in *European Law Journal*, 2015, pp. 406 ss. Per l'esperienza greca v. infine la testimonianza di Y. VAROUFAKIS, *And the Weak Suffer What They Must? Europe, Austerity and the Threat to Global Stability*, London, 2016.

³⁷ Cfr. S. GIUBBONI, *Social Insurance Monopolies in Community Competition Law and the Italian Constitution: Practical Convergences and Theoretical Conflicts*, in *European Law Journal*, 2001, pp. 69 ss.

³⁸ L. NIGLIA, *Eclipse of the Constitution (Europe Nouveau Siècle)*, in *European Law Journal*, 2016, pp. 132 ss., qui p. 134.

«Over the second half of the last century, just up to some ten years ago when the first decision of the quartet was rendered, the main thread of the case law of the Court of Justice of the European Union consisted of making free movement and undistorted competition effective so that protectionism was ruled out from the internal market, while, at the same time, respecting (or encroaching as little as possible upon) national social policies. The CJEU tended to protect individual rights (economic freedoms) in key domains (free movement and competition law) of market integration, considering them to outweigh any conflicting collective (including governmental) interests – while, conversely, exercising caution in implementing any such individual rights whenever that would have entailed the sacrifice of a specific set of collective (including governmental) interests, those involving the regulation of social policy, which were considered to be, comparatively speaking, of greater importance than the EU rights (qua economic freedoms)».

Ciò è stato possibile – grazie ad un atteggiamento di prudente *self-restraint* della Corte di giustizia – aprendo il diritto europeo della concorrenza e del mercato alla considerazione di una articolata serie di interessi pubblici non economici, quali in particolare quelli tradizionalmente protetti dai sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, facendo appunto buon uso della serie di canali di ricezione messi a disposizione dal diritto dell'Unione³⁹.

Non è questa la sede per analizzare in dettaglio le diverse tecniche di bilanciamento di cui la Corte ha fatto uso in passato in tali accorti esercizi di *self-restraint*, che potremmo chiamare di deferenza selettiva e controllata nei confronti dei regimi protettivi nazionali di diritto del lavoro assoggettati al vaglio di compatibilità con le regole del mercato interno (libertà economiche fondamentali e norme di concorrenza)⁴⁰. È però necessario fornire qualche esempio dell'atteggiamento di vigilata deferenza nei confronti di quelli che con terminologia rawlsiana potremmo definire i *constitutional essentials*

³⁹ Cfr. S. WEATHERILL, *Viking and Laval: The Internal Market Perspective*, in M. FREEDLAND, J. PRASSL (eds.), *Viking, Laval and Beyond*, cit., pp. 23 ss.

⁴⁰ Possiamo rinviare alla esaustiva rassegna di V. Kosta, *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation*, Oxford - Portland (Oregon), 2015.

dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, mostrato in questa fase dai giudici di Lussemburgo.

Rush Portuguesa offre in tal senso un esempio paradigmatico⁴¹. La sentenza segna infatti un punto di svolta nel processo di superamento della scissione originaria tra sfera della integrazione mercantile e sfera della integrazione sociale, in quanto abbatte il diaframma che separava il diritto del lavoro nazionale dalle regole del mercato interno in un'area cruciale, qual è quella governata dalla libera circolazione dei servizi. La fattispecie del distacco temporaneo di manodopera – tradizionalmente inquadrata come forma di libertà di circolazione dei lavoratori, e come tale assoggettata al principio di parità di trattamento in base alla legislazione del lavoro dello Stato membro ospitante – in tale sentenza viene infatti per la prima volta riqualificata dalla Corte come una manifestazione della libertà di prestazione dei servizi e, quindi, come una forma di esercizio della libertà fondamentale dell'impresa datrice di lavoro.

Antoine Lyon-Caen ha efficacemente descritto questo passaggio osservando come, in virtù di esso, la circolazione transfrontaliera del lavoratore nell'ambito di una prestazione di servizi sia stata riqualificata *sub specie* di mobilità «all'interno dell'impiego», laddove nella impostazione sino ad allora vigente anche tale ipotesi avrebbe dovuto essere considerata come una forma di libertà di movimento del lavoratore implicante l'ingresso (seppur temporaneo) nel mercato del lavoro del paese ospitante (e, dunque, come una forma di «mobilità verso l'impiego» nello Stato membro di destinazione)⁴². Tale passaggio sposta la linea di confine tra libertà di circolazione dei lavoratori e libera prestazione di servizi ad evidente vantaggio dell'impresa che opera il distacco, nell'ampio senso in cui tale fattispecie è definita dall'ordinamento dell'Unione, giacché comporta in linea di principio l'assoggettamento del rapporto con il lavoratore distaccato al diritto del lavoro del paese di origine e non più di quello dello Stato membro di destinazione. Entra quindi in crisi – potenzialmente – il principio di territorialità del diritto del lavoro nazionale, visto che, almeno nelle

⁴¹ Corte di giustizia, causa C-113/89, *Rush Portuguesa c. Official National d'Immigration*.

⁴² Cfr. A. LYON-CAEN, *Le droit, la mobilité et les relations du travail: quelques perspectives*, in *Revue du Marché Commun*, 1991, pp. 108 ss.

ipotesi di mobilità temporanea in regime di distacco, diventa tendenzialmente applicabile la normativa del paese d'origine nel quale è stabilita l'impresa distaccante, che potrà così legittimamente sfruttare il vantaggio competitivo derivante dal minor costo del lavoro in ipotesi sopportato in tale paese⁴³.

Senonché, mentre opera questa incisiva riconfigurazione del rapporto tra regole del mercato interno e diritto del lavoro nazionale, la Corte di giustizia, in *Rush Portuguesa*, è anche attenta a neutralizzare il potenziale de-regolativo di questa innovativa scelta interpretativa, riconoscendo agli Stati membri la facoltà di imporre l'applicazione della propria legislazione, e della stessa contrattazione collettiva, al fine di assicurare una adeguata protezione ai lavoratori distaccati, in tal modo sostanzialmente preservando la pressoché piena autonomia regolativa dei paesi di destinazione della prestazione. In un celebre *obiter dictum*, la Corte, infatti, «in seguito alle preoccupazioni manifestate al riguardo dal governo francese», chiarisce «che il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro»⁴⁴.

Un altro caso esemplare di apertura dei sistemi di diritto del lavoro alle regole del mercato, capace al contempo di preservare i *constitutional essentials* di quei sistemi e in particolare l'autonomia sociale delle organizzazioni sindacali, è offerto dalla non meno nota sentenza *Albany International*⁴⁵. Anche questo è, infatti, un caso paradigmatico della nuova tendenza del diritto sovranazionale del mercato a infiltrarsi nel corpo vivo del diritto del lavoro nazionale: tra le questioni rivolte alla Corte di giustizia in via pregiudiziale spiccava invero quella relativa alla contestata compatibilità con le regole comunitarie di concorrenza del meccanismo estensivo degli effetti di un contratto collettivo istitutivo di un fondo pensionistico complementare di settore, frutto della libera negoziazione delle parti sociali. Nelle conclusioni

⁴³ V. per tutti S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, pp. 85 ss.

⁴⁴ Punto 18 della sentenza.

⁴⁵ Corte di giustizia, causa C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfond*s.

presentate dall'Avvocato generale Jacobs, quasi un saggio di diritto comparato, la consapevolezza del rilievo eminentemente costituzionale della questione sottoposta alla Corte di giustizia trovava un'articolata espressione nei raffinati richiami al dibattito svoltosi davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti agli inizi del Novecento.

La Corte – seguendo i suggerimenti dell'Avvocato generale – ritagliò un'ampia sfera di immunità dalle regole di concorrenza in favore dell'autonomia collettiva del sindacato, pur avendo cura di precisare che ciò non avrebbe tuttavia di per sé escluso il fondo pensionistico – quale soggetto giuridico operante secondo il criterio assicurativo della capitalizzazione – dal divieto di abusare della propria posizione dominante sul mercato comune. Da un lato, la Corte di giustizia ha così preservato un'ampia area di rispetto dell'autonomia collettiva: una sfera di azione sindacale libera dai vincoli derivanti dai principi sulla libertà di concorrenza nel mercato interno in quanto diretta a proteggere essenziali interessi sociali dei lavoratori. D'altro, pur qualificando il fondo pensione come impresa operante nel mercato assicurativo e come tale assoggettata in linea di principio alle regole di concorrenza, la Corte ha escluso, tuttavia, la configurabilità di un abuso di posizione dominante in ragione della missione di interesse generale affidata alla forma pensionistica complementare e della natura solidaristica dei congegni redistributivi a tal fine utilizzati⁴⁶.

Servendosi di apparati argomentativi diversi, adattati alle specificità degli ambiti tecnico-giuridici di volta in volta rilievo, la Corte, nella sua giurisprudenza degli anni novanta, ha così saputo individuare un punto di equilibrio tra le opposte esigenze in gioco, perché da un lato ha aperto i sistemi nazionali di diritto del lavoro alla logica del confronto diretto con l'integrazione economica, impedendo che essi potessero essere usati come strumenti protezionistici di compartimentazione del mercato, e dall'altro ha preservato l'autonomia degli Stati membri e delle parti sociali nel fissare i livelli di protezione ritenuti più congeniali alle rispettive costellazioni di capitalismo democratico, fornendo nello stesso tempo stimoli importanti alla modernizzazione

⁴⁶ Cfr. D. SCHIEK, *Economic and Social Constitution*, cit., pp. 109 ss.; W. SAUTER, H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law*, Cambridge, 2009, pp. 85 ss.

di tali sistemi⁴⁷; in un bilanciamento pragmatico che ha, per l'appunto, scongiurato conflitti teorici tra valori costituzionali potenzialmente collidenti, individuando utili convergenze pratiche nelle concrete modalità di attuazione dei medesimi⁴⁸.

4. Neoliberalism

Viking e *Laval* inaugurano la stagione del dominante dogmatismo neoliberista della Corte di giustizia. Benché se ne siano proposte analisi tendenti a mettere in rilievo la positiva attenzione della Corte ai complessivi equilibri economici post-allargamento, in qualche modo a garanzia del *trade-off* tra costi (di recepimento dell'*acquis communautaire*) e opportunità (di sfruttamento del vantaggio competitivo dovuto al minor costo del lavoro) per i nuovi membri dell'Est⁴⁹, quelle sen-

⁴⁷ Si pensi, per fare un esempio significativo, alla riforma dei servizi per l'impiego, con il superamento del vetusto e inefficiente monopolio pubblico del collocamento della manodopera. Cfr. S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di giustizia europea*, in *Diritto del Mercato del Lavoro*, 2000, n. 3, pp. 587 ss.; S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, n. 1, pp. 71 ss.

⁴⁸ In senso analogo L. NIGLIA, *Eclipse of the Constitution*, cit., p. 136, che definisce l'approccio seguito nel corso degli anni novanta dalla Corte di giustizia come «*undisclosed balancing*»:

«*Undisclosed balancing tended to correspond to what in constitutional theory is generally referred to as definitional balancing. Some rights have been considered to outweigh other rights but European standards have prevailed over national standards only in relation to certain rights, not all of them. Thus, national protectionism was first tamed then defeated through the disciplinary enforcement of free movement and competition rights (making of European constitutional standards the yardstick of validity of national norms) whilst the socio-economic rights of workers as nationally organised were largely left untouched as islands in the EU constitutional ocean, having been sheltered from the European constitutional disciplining force of free movement and of competition policy (so in that regard national standards still prevailed over supra-national ones)*».

⁴⁹ Cfr. N. REICH, *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – The Laval and Viking Cases before the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, 2008, n. 9, pp. 125 ss.; H.W. MICKLITZ, *Social Justice and Access Justice in Private Law, EUI Working Papers – Law 2011/02*, European University Institute - Department of Law.

tenze⁵⁰ – secondo la lettura di gran lunga prevalente⁵¹ – segnano, quantomeno sul piano delle tecniche interpretative, una indubbia discontinuità rispetto ai modelli sin qui esaminati. La revisione ideologica della costruzione del rapporto tra mercato interno e diritto del lavoro appare invero evidente. E l'ingresso sulla scena – che poteva apparire quasi provocatorio in *Alemo-Herron*⁵², e che si fa ora più meditato e per questo più consapevole in *AGET Iraklis* – della libertà contrattuale dell'imprenditore come diritto fondamentale protetto dall'art. 16 della Carta di Nizza completa, ora, il *restyling* in chiave schiettamente neoliberale delle dottrine del mercato interno avviato dal più celebre quartetto.

Il precipitato finale di questa revisione va individuato nel completo rovesciamento del rapporto tra regole del mercato interno e diritti del lavoro nazionali, «*which structurally subordinates social policies to*

⁵⁰ Quanto si osserva nel testo vale, naturalmente, anche per la nota giurisprudenza successiva sulla direttiva 96/71, relativa al distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, come anche per altre importanti pronunce sul rapporto tra diritto del lavoro e mercato interno, che vi hanno fatto seguito in questi ultimi anni (si pensi, in particolare, alla causa C-271/08, *Commissione c. Germania*, ed alla causa C-549/13, *Bundesdruckerei*). Un eccellente quadro d'insieme di questa giurisprudenza si trova in G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, 2013.

⁵¹ Trattandosi delle sentenze forse più commentate di quest'ultimo decennio, sarebbe del tutto pretenzioso, oltre che inutile, fornire indicazioni bibliografiche che aspirino anche solo alla parvenza della completezza; ad ogni buon conto, alcuni dei riferimenti più significativi sono già stati forniti sopra ed altri se ne aggiungeranno nelle note in appresso. Rappresenta, comunque, con particolare efficacia il tono prevalente tra i commentatori E. CHRISTODOULIDIS, *The European Court of Justice and the «Total Market» Thinking*, in *German Law Journal*, 2013, n. 10, pp. 2005 ss.

⁵² Causa C-426/11, *Mark Alemo-Herron e altri c. Parkwood Leisure Ltd*, sulla quale ci soffermeremo diffusamente più avanti. Tale è apparsa l'eccentricità quasi provocatoria di quella decisione della Corte, che un autorevole commentatore, solitamente assai pacato nei toni, ha potuto iniziare così la propria nota di commento: «*On occasion a decision of the Court of Justice of the European Union is so downright odd that it deserves to be locked into a secure container, plunged into the icy waters of a deep lake and forgotten about*» (S. WEATHERILL, *Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: On the Improper Veneration of Freedom of Contract*, in *European Review of Contract Law*, 2014, p. 167). *AGET Iraklis* dimostra, però, come una decisione all'apparenza così sfacciatamente ideologica «non potesse essere semplicemente consegnata all'oblio» (*ibid.*), come saggiamente auspicato da Weatherill e da altri commentatori (v. sulla stessa linea, tra gli altri, J. PRASSL, *Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfer of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law*, in *Industrial Law Journal*, 2013, pp. 434 ss.).

the economic power of market actors»⁵³. La garanzia costituzionale-sovrannazionale assicurata alla libertà d'impresa transnazionale si salda con il nuovo diritto europeo della crisi (dal *Six Pack* al Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione economica e monetaria, sino alla istituzionalizzazione del Semestre europeo), in una nuova forma di «protezione costituzionale del capitalismo»⁵⁴, che assoggetta tendenzialmente qualunque politica pubblica – ed anzi tutto le norme nazionali di diritto del lavoro – ad un controllo di compatibilità con la logica del mercato: «una specie di autonomia dell'economico che si rivale finalmente sull'autonomia del politico, di origine europea»⁵⁵, grazie ad una espansione in ogni dominio della priorità del punto di vista dell'individualismo contrattuale⁵⁶.

In questa logica, la coesistente funzione protettivo-emancipativa assoluta dal diritto del lavoro perde, nell'impianto costituzionale dell'Unione, la propria autonoma legittimazione originaria, e in tanto ritrova uno spazio di legittimità, in quanto – nel confronto sistematico con le regole del mercato interno e con la libertà contrattuale delle imprese che vi operano – superi il controllo «ragionevolezza» (di necessità, adeguatezza, proporzionalità), che l'impiego innovativo dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali consente ora di riferire ad ogni situazione – anche puramente «interna», come in *Alemo-Herron* – in cui sia applicabile il diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 della stessa Carta nel lasco senso fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁷. Il che implica che quanto maggiore è il grado di protezione garantito dalle norme domestiche di diritto del lavoro (e dunque quanto maggiore è la compressione della libertà contrattuale dell'imprenditore che esse determinano), tanto maggiore sarà la pressione giustificativa incombente sugli ordinamenti nazionali, ovvero l'onere di giustificare tali regole (in termini di adeguatez-

⁵³ F. DE WITTE, *Justice in the EU. The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford, 2015, p. 38.

⁵⁴ Per evocare l'importante lavoro di D. NICOL, *The Constitutional Protection of Capitalism*, Oxford, 2010.

⁵⁵ P. PERULLI, *Il dio Contratto. Origine e istituzione della società contemporanea*, Torino, 2012, p. 84.

⁵⁶ Ivi, pp. 27 e 30.

⁵⁷ Cfr. di recente M. DOUGAN, *Judicial Review of Member State Action Under the General Principles and the Charter: Defining the Scope of Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2015, pp. 1210 ss.

za/proporzionalità) che grava (a seconda di quale sia la fonte regolativa) su Stati membri e sindacati.

I pilastri concettuali di questa nuova dottrina sono senz'altro gettati dalla giurisprudenza *Viking* e *Laval*. Tralasciando dettagli tecnici che appaiono superflui in questa sede, gli elementi fondamentali di questa concezione possono essere così sintetizzati.

Il primo aspetto è la definitiva consacrazione delle libertà economiche (di stabilimento e di prestazione dei servizi) a diritti fondamentali⁵⁸, che porta a compimento una sovrapposizione concettuale tra i due termini che si era già fatta strada nella giurisprudenza della Corte, senza peraltro arrivare al punto di chiarezza in cui giunge con *Viking* e *Laval*⁵⁹. Specularmente, e con ovvio capovolgimento della prospettiva che è storicamente propria (anche) dell'ordinamento costituzionale italiano, i diritti collettivi fondamentali dei lavoratori (sciopero e contrattazione collettiva) vengono convertiti in poteri privati tendenzialmente oppressivi di quelle libertà, in quanto ostruttivi dell'accesso al mercato interno. E mentre i diritti devono essere garantiti, quantomeno nel loro contenuto essenziale, i poteri devono essere, per contro, corrispondentemente limitati. Come ha puntualmente osservato Azoulai, «*Recognition of the right to strike implies, in principle, conferring on collective action a certain judicial immunity. On the contrary, powers implies control. And it involves the responsibility to take account of the interests of the undertakings and those of workers from other Member States*»⁶⁰.

Questa inversione della tradizionale prospettiva costituzionale è resa possibile da (e comunque è logicamente collegata ad) un secondo passaggio concettuale – anche esso molto innovativo rispetto alle dot-

⁵⁸ Come rileva E. CHRISTODOULIDIS, *The European Court of Justice and the «Total Market» Thinking*, cit., p. 2006, «*the neoliberal move (...) collapses the competition – between rights and freedoms – and (...) smoothes over their friction by elevating market access as underlying premise, underwriting and providing the measure of the ‘reconciliation’ of social rights and economic freedoms on a common register*».

⁵⁹ Cfr. per tutti V. TRSTENJAK, E. BEYSEN, *The Growing Overlap of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU*, in *European Law Review*, 2013, pp. 293 ss.; F. DE CECCO, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Scope of Free Movement Law*, in *German Law Journal*, 2014, vol. 15, n. 3, pp. 383 ss.

⁶⁰ L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for Its Realization*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 1335 ss., qui p. 1345.

trine tradizionali del mercato interno – della giurisprudenza *Viking* e *Laval*. Nella tradizionale lettura dei Trattati, le libertà economiche fondamentali – con la significativa eccezione di quella riconosciuta a garanzia della libera circolazione dei lavoratori nel mercato comune⁶¹ – non sono state infatti ritenute applicabili orizzontalmente nei rapporti interpretati. *Viking* e *Laval*, assimilando (impropriamente) l'effetto restrittivo dell'accesso al mercato prodotto dall'esercizio del diritto di sciopero a quello che deriva dalla applicazione di fonti collettive dotate di efficacia generale⁶², supera quella interpretazione, per rendere direttamente applicabile la libertà economica nel rapporto (conflittuale) tra impresa e lavoratori collettivamente organizzati. L'invocabilità della libertà economica fondamentale contro l'azione di sciopero altera, tuttavia, il gioco del conflitto collettivo a tutto vantaggio dell'impresa transnazionale, in quanto costringe il sindacato a farsi carico, nella variabile misura imposta dal principio di proporzionalità, dell'interesse del datore di lavoro – protetto dall'ordinamento dell'Unione – a sfruttare le opportunità offerte dal mercato interno (ad esempio delocalizzando l'attività produttiva, o più semplicemente trasferendo la sede legale presso «giurisdizioni» più vantaggiose in termini di minor costo del lavoro, oppure utilizzando lo strumento del distacco di manodopera in direzione inversa).

⁶¹ Quella eccezione – espressamente prevista già dal regolamento n. 1612/1968 (oggi ripreso dal regolamento n. 492/2011, in particolare all'art. 7, par. 4) – si spiega in ragione del fatto che è necessaria per garantire ai lavoratori migranti la piena parità di trattamento nel mercato del lavoro del paese ospitante, la quale sarebbe evidentemente frustrata dalla possibilità che atti di autonomia privata (anche collettiva) possano introdurre trattamenti (anche indirettamente) discriminatori a loro sfavore. Si tratta dunque di una eccezione solo apparente, nella costruzione originaria del diritto del mercato comune, visto che è funzionale alla piena garanzia, in favore dei lavoratori migranti, di tutti i diritti (indifferentemente di fonte legale, regolamentare o collettiva) riconosciuti dall'ordinamento giuridico del paese ospitante ai «propri» lavoratori. Sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., pp. 11 ss.

⁶² Sulla improprietà di tale assimilazione, che serve alla Corte per giustificare la diretta opponibilità all'esercizio del diritto di sciopero della libertà economica laddove in passato questa era stata ritenuta applicabile solo in presenza di una violazione derivante da regole limitative dell'accesso al mercato, pur se stabilite da fonti di natura collettiva, v. soprattutto G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2006, n. 3, pp. 947 ss., spec. p. 956.

Tale ultima considerazione consente di valutare un terzo aspetto innovativo di *Viking* e *Laval*. Infatti, l'interesse del datore di lavoro in sede di conflitto collettivo è in tal modo protetto in termini ben più ampi di quelli che, ad esempio nell'ordinamento italiano, sono assicurati dalla tradizionale giurisprudenza sui limiti esterni del diritto di sciopero a tutela della iniziativa economica privata, con la nota distinzione tra danno alla produzione e danno alla produttività⁶³. Ciò è dovuto al fatto che, sia in *Viking* che in *Laval*, l'azione collettiva dei lavoratori è sottoposta dalla Corte di giustizia ad uno stretto scrutinio di proporzionalità a tutela della libertà economica fondamentale dell'imprenditore, che viene quindi protetta ben al di là del contenuto essenziale che nella giurisprudenza della Cassazione è assicurato dal limite del (solo divieto del) danno alla produttività⁶⁴. Come ha ancora osservato Azoulai:

«It seems that the Court transposes to trade unions the limits which it imposes on Member States as far as market freedoms are concerned (proportionality, judicial review) but without offering these organizations the counterpart recognized for the State: a broad margin of discretion in defining the social objectives to be protected and the means of ensuring this protection. In other words, it refuses to consider the system of social relations as a constitutional order enjoying the capacity of self-determination. This system is put under the supervision of the legislature and the courts. This analysis amounts, in fact, to denying the choice of social organization based on freedom of negotiation between both sides of industry»⁶⁵.

È questo forse il profilo più ideologicamente connotato di *Viking* e *Laval*, e giustamente la dottrina critica ha al riguardo evocato – rifacendosi al classico di Hermann Heller⁶⁶ – lo «spettro del liberismo au-

⁶³ La distinzione è stata come noto introdotta da Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, «vero e proprio spartiacque nell'orientamento della giurisprudenza in materia» (G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, aggiornato da L. BELLARDI, P. CURZIO, V. LECCESE, Bari, 2014, p. 279).

⁶⁴ Cfr. in generale A. PORTUESE, *The Principle of Proportionality as a Principle of Efficiency*, in *European Law Journal*, 2013, pp. 612 ss.

⁶⁵ L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy*, cit., pp. 1350-1351.

⁶⁶ Il classico di Hermann HELLER, apparso nel 1933, è stato recentemente ripubblicato in traduzione inglese: v. *Authoritarian Liberalism?*, in *European Law Journal*, 2015, pp. 295 ss.

toritario»⁶⁷. In termini generali, una tale concezione ideologica spinge infatti verso la depoliticizzazione del conflitto collettivo e la decollettivizzazione del diritto del lavoro, assecondando prescrizioni che emergono chiaramente anche dalla nuova *governance* economica europea e dai dispositivi di gestione della crisi di cui l'Unione, e più in particolare l'Eurozona, si è dotata negli ultimi anni⁶⁸. In termini più tecnici e specifici, tale aspetto evoca, peraltro, un ulteriore passaggio saliente di questa giurisprudenza, che come vedremo tra breve è possibile ritrovare – in forma in certo senso potenziata – anche nelle sentenze *Alemo-Herron* e *AGET Iraklis*, in virtù dell'enfasi da esse posta sulla libertà contrattuale dell'imprenditore come diritto fondamentale protetto dall'art. 16 della Carta di Nizza.

In *Laval*, la Corte ha come noto interpretato la direttiva 96/71 sul distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi come uno strumento di coordinamento dei sistemi nazionali di diritto del lavoro volto a individuare, a tutela dei lavoratori distaccati, un nucleo minimo di norme imperative, che fissa tuttavia al contempo, a garanzia della libertà economica dell'imprenditore, un tetto massimo di tutele applicabili nello Stato membro ospitante. Questa lettura della direttiva 96/71 – come volta a fissare un livello massimo, e non solo uno *standard* minimo, di protezione dei lavoratori distaccati – rappresenta un elemento centrale della nuova dottrina giuridica neoliberale del mercato interno dei servizi, giacché, seppure nell'ambito del distacco

⁶⁷ M.A. WILKINSON, *The Specter of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n. 5, pp. 527 ss.; ID., *Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce?*, in *European Law Journal*, 2015, pp. 313 ss. In termini analoghi cfr. inoltre W.E. SCHEUERMAN, *Hermann Heller and the European Crisis: Authoritarian Liberalism Redux?*, in *European Law Journal*, 2015, pp. 302 ss.; A. SOMEK, *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*, ivi, pp. 340 ss., e soprattutto C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, pp. 157 ss. (che in termini ancor più critici e icastici usa l'espressione «autoritarismo liberista»).

⁶⁸ È questo forse il più forte e visibile elemento di saldatura tra le due dimensioni (che potremmo chiamare rispettivamente micro e macroeconomica) del nuovo modello europeo di protezione costituzionale del capitalismo, come ben avverte A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016, pp. 20 ss. V. pure, per un'analoga conclusione, in G. DALE, N. EL-ENANY, *The Limits of Social Europe: EU Law and the Ordoliberal Agenda*, in «German Law Journal», 2013, vol. 14, n. 5, pp. 613 ss., nonché, volendo, S. GIUBBONI, *Il diritto del lavoro nella crisi europea. A proposito di un recente volume*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 2016, n. 2, pp. 159 ss.

transnazionale di manodopera, essa implica l'attribuzione agli operatori economici di un diritto di arbitraggio tra le diverse giurisdizioni che l'imprenditore potrà esercitare massimizzando il vantaggio competitivo che deriva dalla elezione dell'ordinamento che riconosce il minor livello di protezione del lavoro. Questa interpretazione, infatti, come è stato osservato:

«implies that there might be a right of economic actors to access the laws of this least restrictive state regardless of the precise location of their own activities, as long as those activities have a loose connection with the jurisdiction concerned or there is some transnational element involved in the issue at stake»⁶⁹. In tal modo, «Laval and Rüffert between them establish a presumption of regime portability: Article 49 protects the right of the foreign service provider to apply the law and/or agreements of its country of origin, that is to say, the law of the home state, in preference to that of the host state, where the latter imposes a higher regulatory burden, unless those laws can pass a justification test»⁷⁰.

La competizione regolativa nel mercato interno in tal modo favorita dalla direttiva sul distacco si basa essenzialmente su tale effetto di *pre-emption* che ad essa viene attribuito dalla Corte di giustizia, ed avvantaggia strategicamente i sistemi di diritto del lavoro a minor intensità protettiva proprio perché in linea di principio vieta una concorrenza «al rialzo», cioè al di sopra dello *standard* minimo (e insieme massimo) consentito dal diritto dell'Unione, inibendo tendenzialmente allo Stato membro di destinazione del servizio di garantire un trattamento più favorevole. È evidente come un tale «*pre-emptive effect*»⁷¹ sia di per sé suscettibile di vaste potenzialità de-regolative, tenendo conto, da un lato, della nozione praticamente onnicomprensiva di ostacolo all'accesso al mercato elaborata dalla Corte di giustizia e, dall'altro, delle parimenti ampie possibilità di individuazione di un collegamento di natura transnazionale, utile a innescare l'applicazione

⁶⁹ S. DEAKIN, *Regulatory Competition after Laval*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007-2008, vol. 10, pp. 581 ss., qui p. 582.

⁷⁰ Ivi, p. 587.

⁷¹ Ivi, p. 596.

alla fattispecie dell'art. 49 TFUE⁷². Nondimeno, in *Laval* un tale effetto resta ancora tecnicamente limitato alle transazioni economiche di rilievo transnazionale rientranti nell'orbita applicativa della direttiva 96/71 e dell'art. 49 TFUE.

L'astro nascente dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea serve esattamente a superare questi limiti applicativi della libertà d'impresa, consentendo – finalmente – di sindacare e misurare gli ostacoli frapposti dalle norme di diritto del lavoro al pieno dispiegamento della libertà contrattuale dell'imprenditore anche in fattispecie puramente interne⁷³. *Alemo-Herron* è il primo banco di prova di questo nuovo approccio interpretativo, che in buona sostanza sovverte la stessa funzione tradizionale assolta dalle direttive di armonizzazione parziale in materia sociale, estendendo in pratica l'effetto di *pre-emption* – cioè il divieto degli Stati membri di elevare lo *standard* di protezione oltre la soglia minima stabilita dalla direttiva – anche nell'ambito di applicazione di quest'ultima.

In questo caso davvero paradigmatico del nuovo corso della Corte, relativo alla interpretazione della direttiva 2001/23 in materia di tutela dei diritti dei lavoratori nelle ipotesi di trasferimento d'azienda, l'impresa cedente si era vincolata, mediante clausole di «rinvio dinamico» alla contrattazione collettiva del settore pubblico nel quale era inquadrata sindacalmente, al rispetto, anche in futuro, degli aumenti retributivi che sarebbero stati convenuti dalle organizzazioni stipulanti di quel contratto. È appena il caso di rammentare che nell'ordinamento inglese il contratto collettivo non produce di per sé effetti obbligatori sui rapporti di lavoro, la sua efficacia regolativa essendo in buona sostanza rimessa al rinvio operato dalle parti del contratto individuale di lavoro. Nella specie, le clausole di rinvio in questione erano state inserite nei contratti individuali di lavoro proprio per garantire all'accordo collettivo un tale effetto regolativo, altrimenti insussistente, circa la determinazione della futura dinamica salariale.

⁷² Cfr. pure H. COLLINS, *The Impossible Necessity of European Labour Law*, in S. MULLER et al. (eds.), *The Law of Future and the Future of Law*, Oslo, 2011, pp. 453 ss., spec. p. 463.

⁷³ Cfr. R. BABAYEV, *Private Autonomy at the Union Level: On Article 16 CFREU and Free Movement Rights*, in *Common Market Law Review*, 2016, pp. 979 ss.; ID., *Contractual Discretion and the Limits of Free Movement Law*, in *European Review of Private Law*, 2015, pp. 875 ss.

La controversia che ha originato il procedimento principale era sorta in quanto il cessionario di questa azienda – operatore privato non inquadrato nel settore pubblico di riferimento del contratto collettivo – era tuttavia subentrato, in forza della normativa nazionale sul trasferimento d'azienda di recepimento della direttiva europea, nei rapporti di lavoro in essere con il cedente, e dunque anche negli obblighi retributivi derivanti dalle clausole di rinvio dinamico da questi sottoscritte con i propri dipendenti. Poiché l'assunzione di tali obblighi è da imputare – seppure attraverso la mediazione della regola che stabilisce la continuazione dei rapporti di lavoro nel trasferimento d'azienda – alla libera decisione dell'imprenditore cessionario di subentrare al cedente, facendo uso della propria autonomia contrattuale, le corti inglesi avevano tradizionalmente ritenuto del tutto legittime le clausole di rinvio dinamico, secondo una prassi contrattuale diffusa soprattutto nel settore pubblico. In *Werhof*⁷⁴, la stessa Corte di giustizia, chiamata a risolvere un caso per certi versi analogo rimessole da un giudice tedesco, aveva affermato che la direttiva 2001/23 non impone, ma neppure vieta, la stipulazione di siffatte clausole, dettando una disciplina in materia di successione dei contratti collettivi in caso di trasferimento d'azienda sufficientemente flessibile e certamente aperta a tale tipo di opzione regolativa da parte dei legislatori nazionali. Sennonché, il giudice inglese dubitava che – nella specifica configurazione del caso *de quo*, in cui il cessionario rimaneva vincolato ad applicare un contratto collettivo sul quale non avrebbe potuto esercitare alcuna influenza – l'effetto della clausola di rinvio dinamico fosse tale da comportare una indebita compressione della libertà sindacale negativa dell'impresa cessionaria, così come protetta dall'art. 11 della Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali.

Nelle sue articolate conclusioni in *Alemo-Herron*, l'Avvocato generale Cruz Villalón aveva giustamente rilevato come tale clausola, certamente autorizzata dalla direttiva 2001/23, potesse entrare in contrasto non già con la libertà negativa di associazione garantita dall'art. 11 della Convenzione di Roma e dall'art. 12 della Carta di Nizza (visto che il cessionario non era costretto ad aderire all'organismo negoziale del settore), ma semmai con la libertà garantita dall'art. 16 della Carta,

⁷⁴ Causa C-499/04.

ovvero con la libertà contrattuale del datore di lavoro. L'Avvocato generale aveva però escluso che l'art. 16 precludesse, in linea di principio, una disciplina come quella inglese, che obbliga il cessionario di un'impresa ad accettare condizioni presenti e future convenute dell'ambito di un organismo di contrattazione collettiva al quale detto imprenditore non prende parte, tutte le volte in cui «tale obbligo non abbia carattere incondizionato ed irreversibile»⁷⁵. La Corte di giustizia, invece, ha ritenuto, all'opposto, che le clausole di rinvio dinamico alla contrattazione collettiva in questione costituiscano, in principio, una sproporzionata compressione della libertà d'impresa protetta dall'articolo 16 della Carta di Nizza, proprio perché il cessionario non avrebbe la possibilità di partecipare al processo di negoziazione collettiva e, quindi, alla definizione degli accordi collettivi, ai quali pure si è vincolato con l'acquisito dell'azienda.

La motivazione della Corte è particolarmente concisa e assertiva, per cui vale la pena di riportarne i passaggi più significativi⁷⁶. Poiché il diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 16 comporta, in particolare, la libertà contrattuale, alla luce dell'art. 3 della direttiva 2001/23, «ne deriva che, in virtù della libertà d'impresa, il cessionario deve avere la possibilità di fare valere efficacemente i propri interessi in un *iter* contrattuale al quale partecipa e di negoziare gli elementi che determinano l'evoluzione delle condizioni di lavoro dei suoi dipendenti in vista della sua futura attività economica. Tuttavia, è giocoforza constatare che il cessionario di cui trattasi nel procedimento principale non ha alcuna possibilità di fare parte dell'organismo di contrattazione collettiva in parola. Ciò premesso, tale cessionario non ha la facoltà né di fare valere efficacemente i propri interessi in un *iter* contrattuale né di negoziare gli elementi che determinano l'evoluzione delle condizioni di lavoro dei suoi dipendenti in vista della sua futura attività economica. In una situazione siffatta, la libertà contrattuale del suddetto cessionario è talmente ridotta che una limitazione del genere può pregiudicare la sostanza stessa del suo diritto alla libertà d'impresa. Orbene, l'articolo 3 della direttiva 2001/23, in combinato disposto con l'articolo 8 della medesima direttiva, non può essere interpretato nel senso che autorizza gli Stati membri ad adottare le misure che, pur es-

⁷⁵ Par. 58 delle conclusioni.

⁷⁶ Paragrafi 33-37 della sentenza.

sendo più favorevoli ai lavoratori, possono pregiudicare la sostanza stessa del diritto del cessionario alla libertà d'impresa (v., per analogia, sentenza del 6 settembre 2012, *Deutsches Weintor*, C-544/10, punti 54 e 58)».

Con altrettanta nettezza la Corte supera quindi l'ostacolo posto dall'art. 8 della direttiva 2001/23, che espressamente autorizza gli Stati membri, in sede di trasposizione, a introdurre o mantenere un trattamento più favorevole per i lavoratori, anche consentendo o incoraggiando l'applicazione di contratti collettivi o di accordi fra le parti sociali di maggior favore per i medesimi. Le clausole di rinvio dinamico alla futura contrattazione collettiva non troverebbero copertura nell'art. 8 della direttiva perché altererebbero il giusto equilibrio di interessi da questa diviso, giacché essa, pur avendo la funzione di proteggere i diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, ha anche lo scopo – come pure in precedenza affermato dalla giurisprudenza della Corte⁷⁷ – di armonizzare i costi sopportati dalle imprese operanti nel mercato interno, onde stabilire condizioni di equa concorrenza tra le stesse. Ma in passato questo argomento non era mai servito per neutralizzare la previsione di *favor* dell'art. 8, svuotando in pratica la facoltà degli Stati membri di adottare disposizioni più favorevoli ai lavoratori al di sopra del livello di tutela minima garantito dalla direttiva. In *Alemo-Herron* quel livello viene di fatto convertito in un tetto al di sopra del quale non sarebbe consentito aumentare i costi di transazione sopportati dalle imprese in sede di trasferimento d'azienda.

La direttiva viene in tal modo sostanzialmente trasformata in strumento di protezione degli interessi del datore di lavoro cessionario⁷⁸, con corrispondente limitazione – a tutela della libertà contrattuale dell'impresa – della facoltà degli Stati membri di introdurre disposizioni di maggior favore per i lavoratori. L'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali assolve, in questa reinterpretazione della funzione della direttiva (come tecnica di tutela «reversibile», potremmo dire con Gérard Lyon-Caen), un ruolo centrale, in quanto «promuove una nozione

⁷⁷ V. ad es. Corte di giustizia, causa C-561/07, *Commissione c. Italia*, spec. al punto. 30.

⁷⁸ Cfr. S. WEATHERILL, *Use and Abuse*, cit., p. 172.

di autonomia privata concepita in senso liberale, intesa cioè come libertà da intrusioni e coercizioni regolative»⁷⁹.

Non per caso, e a dispetto del richiamo della importante sentenza della Grande Sezione in *Sky Österreich*⁸⁰, nell'assertiva statuizione della Corte in *Alemo-Herron* è significativamente assente qualunque riferimento alla «funzione sociale» quale legittimo limite alla libertà d'impresa valutabile alla stregua dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. In *Sky Österreich*, quel riferimento, qualificato dal richiamo ai principi del pluralismo dei *media* e della libertà di informazione, aveva infatti consentito alla Corte di affermare – a ben vedere ancora in sintonia con la classica giurisprudenza *Nold* – che soltanto le limitazioni a quella libertà che impediscano «l'esercizio dell'attività imprenditoriale stessa da parte del titolare» sono in quanto tali vietate dall'art. 16 della Carta⁸¹. Per contro, in *Alemo-Herron*, dove evidentemente non è in discussione l'esercizio stesso dell'attività imprenditoriale da parte del cessionario⁸², la libertà d'impresa viene protetta sino al punto di interdire compressioni regolative – quali quelle derivanti dalla disciplina nazionale relativa agli effetti delle clausole contrattuali di rinvio dinamico – che a ben veder incidono soltanto sulla profittabilità dell'operazione economica, cioè sull'entità del vantaggio atteso dall'acquisto dell'azienda. In altre parole, la libertà contrattuale dell'imprenditore acquirente è protetta sino al punto di alterare l'equilibrio degli interessi negoziali in gioco a tutto vantaggio del datore di lavoro, che potrà opporsi agli aumenti retributivi stabiliti, in favore dei lavoratori, dal contratto collettivo dinamicamente richiamato dalle clausole in discussione. È per questo – come è stato esattamente rilevato – che l'interpretazione della libertà d'impresa accolta in *Alemo-Herron* «has a distinctly libertarian flavour to it and seems partisan, in the sense that it is difficult to see how a reading not based on a libertarian understanding of liberty could

⁷⁹ D. LECZYKIEWICZ, *Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law?*, in U. BERNITZ et al. (eds.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn – New York, 2013, pp. 171 ss., qui p. 172.

⁸⁰ Corte di giustizia, causa C-283/11, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, su cui v. W. HINS, *The Freedom to Conduct a Business and the Right to Receive Information for Free: Sky Österreich*, in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 665 ss.

⁸¹ *Sky Österreich*, par. 49.

⁸² V. anche J. PRASSL, *Business Freedoms*, cit., p. 206.

ever yield such an outcome. Indeed, it may be regarded – admittedly with some exaggeration – as a European Lochner»⁸³.

5. Licenziare a Calcide

Calcide è nome che non ha del tutto perduto la forza evocativa di un luminoso passato che rimanda la memoria ancestrale alle origini della civiltà occidentale: è evocata da Omero nell'Iliade per la spedizione contro Troia; contribuì grandemente alla espansione greca nel Mediterraneo (Catania, tra le altre, fu fondata dai calcidesi); vi morì Aristotele nel 322 a.C. Ma oggi Calcide è un comune di medio-piccole dimensioni della Grecia centro-orientale, impoverito come tanti dalla devastante crisi economica. Per questo, la Anonymi Geneki Etairia Tsimenton Iraklis (più brevemente AGET Iraklis), società attiva nella produzione, distribuzione e commercializzazione di cemento controllata dalla Lafarge-Holcim, gigante franco-svizzero del settore, ha deciso di chiudere lo stabilimento di Calcide, licenziando tutti i lavoratori ad esso addetti, per concentrare la residua attività nella regione nelle unità produttive site in Agria Volou e Aliveri.

Nelle sue conclusioni del 16 giugno 2016, l'Avvocato generale Nils Wahl aveva suggerito alla Corte di rispondere alla richiesta di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato greco nel senso che l'art. 49 TFUE, interpretato alla luce dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali, osti a una normativa nazionale come quella in questione, che impone ai datori di lavoro di ottenere un'autorizzazione preventiva alla effettuazione di licenziamenti collettivi, subordinandola alle condizioni del mercato del lavoro, alla situazione dell'impresa e all'interesse dell'economia nazionale, precisando che il fatto che la Grecia possa attraversare una grave crisi economica, accompagnata da livelli di disoccupazione particolarmente elevati, non incide su questa conclusione. In effetti, applicando la legge del 1983 di trasposizione della direttiva sul licenziamento collettivo (oggi rifiuta nella direttiva

⁸³ M.W. HESSELINK, *The Justice Dimensions of the Relationship between fundamental Rights and Private Law*, in *European Review of Private Law*, 2016, n. 4, pp. 425 ss., qui p. 447, che ovviamente fa riferimento a *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Avremo modo di tornare sulla critica al lochnerismo implicito e forse inconsapevole della Corte di giustizia nel paragrafo conclusivo.

98/59), il Ministero competente – acquisto il parere del Consiglio superiore del lavoro – aveva negato l'autorizzazione richiesta da AGET Iraklis, sul presupposto che il programma di licenziamenti collettivi conseguente alla chiusura dello stabilimento di Calcide non fosse adeguatamente motivato, avendo la società addotto argomenti troppo vaghi.

È utile analizzare sinteticamente le argomentazioni con le quali l'Avvocato generale motiva tale sua conclusione, anche per apprezzarne le non secondarie differenze rispetto alle motivazioni con cui la Grande Sezione della Corte, nella sentenza del 21 dicembre 2016, giunge, nella sostanza, al medesimo esito. Come si è infatti già accennato, la Corte ha statuito che l'art. 49 TFUE osta a una siffatta normativa nazionale, essa stessa ritenendo che l'esistenza, nello Stato membro interessato, di un contesto caratterizzato da una crisi economica acuta e da un tasso di disoccupazione particolarmente elevato non sia atta ad incidere su tale conclusione. Con riguardo al contrasto dichiarato con l'art. 49 TFUE, la differenza di impostazione tra la Corte e l'Avvocato generale non sta, dunque, nell'esito del giudizio, ma, come vedremo tra breve, nella articolazione del sindacato di adeguatezza/proporzionalità sulla misura nazionale. È invece più significativa – perché riguarda lo stesso esito del giudizio – la conclusione cui la Corte perviene rispetto alla questione interpretativa riguardante la direttiva 98/59, in quanto, diversamente dall'Avvocato generale, che aveva escluso che la normativa nazionale si ponesse in contrasto quest'ultima, la sentenza esclude un tale contrasto solo in via di principio, ma lo ammette, sia pure in via d'eccezione (e con accertamento demandato in concreto al giudice nazionale), nell'ipotesi in cui risultasse che l'effettiva applicazione della legge greca abbia la conseguenza di privare le disposizioni della direttiva del loro «effetto utile».

Conviene perciò partire dall'analisi di tale ultimo profilo, anche perché è soprattutto qui che la Corte – seppur in termini piuttosto confusi – sembra consolidare quella linea di rovesciamento funzionale delle direttive sociali, da strumento di protezione dei diritti dei lavoratori a mezzo di tutela dell'interesse del datore di lavoro, avviata con *Alemo-Herron* nel segno della «costituzionalizzazione

dell'interesse commerciale come diritto fondamentale dell'impresa»⁸⁴, ex art. 16 della Carta di Nizza.

L'Avvocato generale aveva invero senz'altro escluso – senza eccezioni – che la direttiva 98/59 potesse ostare a una disciplina come quella in esame. Almeno sotto questo profilo, l'Avvocato generale aveva in qualche modo aderito ad una interpretazione piuttosto ortodossa della direttiva sul licenziamento collettivo e della stessa previsione di cui all'art. 5, che – analogamente all'art. 8 della direttiva sul trasferimento d'azienda – riconosce la facoltà degli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori. Egli aveva peraltro superato il problema posto dall'art. 5 della direttiva, che in linea di principio avrebbe per l'appunto senz'altro consentito una normativa come quella greca, con un abile *escamotage* interpretativo, ritenendo che – poiché la direttiva non pone alcuna norma relativa all'organizzazione interna delle imprese o alla gestione del personale, né menoma la libertà del datore di lavoro di procedere o meno ai licenziamenti collettivi⁸⁵ – la disciplina nazionale in esame non rientrasse nel suo ambito di applicazione. Poiché, per scelta del legislatore europeo, «compete al diritto nazionale fissare le condizioni sostanziali in base alle quali i rapporti di lavoro possono essere risolti su base collettiva»⁸⁶, la procedura autorizzatoria regolata dalla legge greca, laddove limita la libertà datoriale di procedere a licenziamenti collettivi, esulerebbe dal campo di applicazione della direttiva. Essa, quindi, non potrebbe neppure costituire «una disposizione di legge più favorevole ai lavoratori (un caso di sovra-esecuzione), ai sensi dell'articolo 5 della direttiva in parola»⁸⁷.

La Corte – che pure all'apparenza segue l'espedito interpretativo suggerito dall'Avvocato generale⁸⁸, e che su tale base a rigore avrebbe dovuto concludere per la inesistenza *in apicibus* di un contrasto della legge nazionale con la direttiva – spinge invece ben oltre il proprio ragionamento. E rileva che, seppure un siffatto contrasto debba essere escluso in linea di principio, occorre tuttavia al contempo «precisare, in proposito, che tale conclusione sarebbe, in via d'eccezione, diversa

⁸⁴ J. PRASSL, *Business Freedoms*, cit., p. 189.

⁸⁵ Punto 27 delle conclusioni.

⁸⁶ Punto 30 delle conclusioni.

⁸⁷ Punto 32 delle conclusioni.

⁸⁸ V. il par. 33 della sentenza.

nell'ipotesi in cui un regime nazionale siffatto abbia, alla luce delle sue modalità più precise o della maniera in cui è concretamente attuato dall'autorità competente, la conseguenza di privare del loro effetto utile le disposizioni degli articoli da 2 a 4 della direttiva 98/59»⁸⁹. Ed infatti, aggiunge la Corte, «sebbene la direttiva 98/59 garantisca solo un'armonizzazione parziale delle norme a tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, la limitatezza di una simile armonizzazione non può tuttavia avere come conseguenza di privare di effetto utile le disposizioni della direttiva di cui trattasi (...). Pertanto, uno Stato membro non può, in particolare, adottare un provvedimento nazionale che seppur atto a garantire ad un livello rafforzato la protezione dei diritti dei lavoratori contro i licenziamenti collettivi, abbia, nondimeno, la conseguenza di privare gli articoli da 2 a 4 di tale direttiva del loro effetto utile. Lo stesso varrebbe nel caso in cui una normativa nazionale che subordini i licenziamenti collettivi al previo assenso di un'autorità pubblica qualora, per effetto, ad esempio, dei criteri in base ai quali deve pronunciarsi la suddetta autorità o del modo in cui essa li interpreta o li attua in concreto, risultasse, in pratica, esclusa per il datore di lavoro qualsiasi possibilità effettiva di procedere a licenziamenti collettivi siffatti»⁹⁰.

Ora, la motivazione della Corte non eccelle certo per chiarezza, ma al di là della vaghezza delle indicazioni fornite al giudice *a quo* (al quale spetta verificare in concreto se la normativa nazionale, per il modo in cui è applicata, frustra l'effetto utile della direttiva), un punto di significativa differenza rispetto all'impostazione dell'Avvocato generale emerge con sufficiente nettezza. E sta in precisamente in ciò: mentre per l'Avvocato generale, qui in sintonia con tutta la storia giurisprudenziale della direttiva 98/59⁹¹, la circostanza che la stessa, in quanto fonte di armonizzazione parziale, non menoma la libertà del datore di lavoro di procedere ai licenziamenti collettivi comporta che la definizione delle condizioni sostanziali cui è subordinata la legittimità del licenziamento sia inte-

⁸⁹ Par. 35 della sentenza.

⁹⁰ Paragrafi, rispettivamente, 36, 37 e 38 della sentenza.

⁹¹ V. per tutti A. LO FARO, *Le ristrutturazioni e le crisi d'impresa*, in S. SCIARRA (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino, 2010, pp. 180 ss.

ramente rimessa al legislatore nazionale (che può quindi introdurre una disciplina autorizzatoria così fortemente limitativa come quella greca, senza violare la direttiva), per la Corte, al contrario, quella medesima circostanza assume tutt'altro significato, giacché impedisce al legislatore nazionale di limitare la libertà datoriale imponendo all'imprenditore il rispetto di condizioni sostanziali così gravose da precludergli – ancorché in circostanze eccezionali – la possibilità di estinguere i rapporti di lavoro ritenuti eccedentari. Come spiega la Corte, le previsioni della direttiva, pur mirando a rafforzare la protezione dei lavoratori, «sono manifestamente fondate sul presupposto che, una volta esaurite le procedure da esse istituite, con ciò inclusa anche l'ipotesi in cui le consultazioni non abbiano condotto ad un accordo, i licenziamenti collettivi devono quantomeno rimanere prospettabili, fosse pure alla condizione che siano soddisfatti taluni requisiti oggettivi eventualmente fissati dalla normativa nazionale applicabile»⁹².

In altre parole, il legislatore, in aggiunta alla disciplina procedurale dettata dalla direttiva in sede di armonizzazione (parziale), potrà sì prevedere limiti sostanziali («requisiti oggettivi») al potere dell'imprenditore di effettuare i licenziamenti collettivi programmati, ma non potrà spingersi sino al punto di introdurre condizioni tanto stringenti da pregiudicare – come sembra fare la normativa greca – quella fondamentale libertà datoriale. La Corte, che non si avvede della contraddizione in cui cade il suo ragionamento⁹³, arriva così ad attribuire alla direttiva sul licenziamento collettivo un effetto di *pre-emption* non diverso da quello di fatto attribuito da *Alemo-Herron* alla direttiva sul trasferimento d'azienda, sovvertendone la funzione, cioè facendone uno strumento di tutela prevalente (almeno in questo ca-

⁹² Par. 40 della sentenza.

⁹³ Se infatti le condizioni sostanziali cui è subordinato il licenziamento non rientrano nel campo applicativo della direttiva (e per questo non debbono essere valutate alla stregua del suo art. 5, che autorizza una tutela più favorevole ai lavoratori), rientrando nella competenza riservata al legislatore nazionale, non si può poi dire – neanche in casi eccezionali – che i requisiti stabiliti dallo Stato membro possano essere tali da pregiudicare l'effetto utile della direttiva, perché così ragionando si contraddice la premessa. Se le condizioni sostanziali cui è subordinata la legittimità del licenziamento collettivo stanno fuori del raggio applicativo della direttiva, ci restano, infatti, anche nelle ipotesi in cui siano eccezionalmente stringenti. Da questo punto di vista si lascia senza dubbio preferire il ragionamento dell'Avvocato generale, che è apprezzabile almeno per la sua coerenza logica.

so)⁹⁴ dell'interesse del datore di lavoro. Ed è significativo che in entrambi i casi vengano colpite discipline nazionali che stabiliscono limiti sostanziali «forti» – e non meramente condizioni procedurali «deboli» – alle prerogative datoriali. L'armonizzazione parziale operata dalle due direttive essenzialmente sul versante degli obblighi procedurali del datore di lavoro finisce in tal modo per essere intesa come limite all'autonomia regolativa sin qui riconosciuta agli Stati membri, ai quali viene in pratica interdetto di fissare *standard* di tutela sostanziale (più favorevoli per i lavoratori) al di sopra del livello minimo delineato dal legislatore sovranazionale.

Il ragionamento della Corte si discosta da quello dell'Avvocato generale anche in ordine alla questione relativa al contrasto della normativa greca con l'art. 49 TFUE. Ma qui, come detto, è solo l'*iter* argomentativo, e non anche le conclusioni, a differire, in quanto sia l'Avvocato generale Wahl che la Corte concludono nel senso che il diritto nazionale viola la libertà di stabilimento dell'impresa, interpretata alla luce dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La differenza tra le conclusioni dell'Avvocato generale e le motivazioni della sentenza attiene essenzialmente alla valutazione di adeguatezza della normativa greca. Per l'Avvocato generale, che segue qui una logica limpida e coerentemente neoliberale, la normativa greca è in contrasto con l'art. 49 TFUE perché non è adeguata, in radice, a conseguire l'obiettivo della protezione dei lavoratori⁹⁵, finalità d'interesse generale che astrattamente potrebbe legittimare (purché perseguita con mezzi non sproporzionati) la restrizione della libertà di stabilimento. La Corte, al contrario, non nega che le (forti) restrizioni poste dalla normativa greca siano idonee a garantire il raggiungimento dell'obiettivo di interesse generale perseguito dal legislatore, ma

⁹⁴ Ma è sintomatica di questo orientamento anche la sentenza in causa C-80/14, *Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW) e Wilson*, in cui la Corte di giustizia accoglie una nozione singolarmente formalistica di stabilimento, ai fini dell'art. 1, par. 1, primo comma, lettera a), della direttiva 98/59, all'insegna della «fluidificazione» dei processi di riduzione del personale. Anche in questo caso la funzione della direttiva è essenzialmente concepita come strumento di parificazione dei costi per le imprese, con la conseguenza che i diritti da questa attribuiti ai lavoratori diventano un tetto massimo, più che uno *standard* minimo. V. N. COUNTOURIS, A. KOUKIADAKI, *The Purpose of European Labour Law: Floor of Rights – Or ceiling?*, in *Social Europe*, 6 giugno 2016.

⁹⁵ V. il punto 75 delle conclusioni.

esclude che quelle condizioni possano soddisfare le esigenze di giustificazione risultanti dal principio di proporzionalità (in senso stretto). Ed infatti, le condizioni sostanziali cui è subordinata l'autorizzazione amministrativa del licenziamento collettivo appaiono alla Corte così «potenzialmente numerose, indeterminate e indeterminabili», da andare oltre quel che è necessario per conseguire gli obiettivi indicati dal legislatore nazionale, con la conseguenza che «non possono pertanto soddisfare quanto esige il principio di proporzionalità»⁹⁶, ai sensi dell'art. 49 TFUE. «Per le stesse ragioni, una normativa siffatta viola altresì il principio di proporzionalità previsto dall'art. 52, par. 1, della Carta e, pertanto, l'art. 16 di quest'ultima»⁹⁷

La differenza di impostazione, sebbene irrilevante per l'esito del giudizio, è però significativa sul piano argomentativo, perché consente alla Corte di valorizzare una serie di dati normativi (dall'immane richiamo alla «economia sociale di mercato» al titolo sulla politica sociale del TFUE, alla clausola orizzontale dell'art. 9 dello stesso Trattato, per giungere alle previsioni del capo sulla solidarietà della Carta dei diritti fondamentali, in particolare all'art. 30 in tema di tutela contro i licenziamenti privi di giustificazione), che nell'opinione dell'Avvocato generale Wahl sono citati *en passant* quasi come piccole (ma innocue) macchie nel cono di luce della libertà d'impresa.

L'idea che la normativa greca sul licenziamento collettivo non sia idonea a raggiungere l'obiettivo di tutela degli interessi dei lavoratori, che la Corte ha potuto rigettare proprio dando rilievo alle disposizioni sociali dei Trattati, si spiega, infatti, nell'opinione dell'Avvocato generale, sulla base di una totale riduzione del diritto del lavoro a strumento di regolazione promozionale dell'accesso al mercato, nel quale, proprio a tutela degli interessi dei lavoratori (oltre che degli imprenditori, beninteso), le vetuste forme di protezione basate sul potere discrezionale dell'autorità amministrativa non possono avere più alcuno spazio, appunto perché radicalmente disfunzionali. Nel suo esercizio di analisi economica del diritto greco sui licenziamenti collettivi, l'Avvocato generale Wahl non deve quindi neppure arrivare alla sublime ipocrisia dello scrutinio di proporzionalità in senso stretto, che nella sentenza della Corte ha un esito ovviamente scontato, perché gli

⁹⁶ Par. 100 della sentenza.

⁹⁷ Par. 103 della sentenza.

è più che sufficiente rilevare come la normativa nazionale sia ancorata a una concezione politica del diritto del lavoro, come strumento di protezione contro l'abuso del potere economico dell'imprenditore⁹⁸, totalmente incompatibile con i principi dell'economia di libero mercato istituita dai Trattati⁹⁹.

6. *Unitas in pluralitate*: per un'Unione europea più rispettosa delle varietà nazionali di capitalismo democratico

Come dimostra *AGET Iraklis*, questa riduzione del diritto del lavoro a regolazione funzionale dell'accesso al mercato¹⁰⁰ e a strumento giuridico di organizzazione efficiente dell'impresa¹⁰¹ ha implicazioni immediate soprattutto in tema di licenziamento economico, essendo evidente che in particolare su questo cruciale versante di esercizio delle prerogative manageriali la libertà d'impresa debba trovare la massima garanzia, riducendo al minimo gli ostacoli regolativi¹⁰². Gli imprenditori debbono essere liberati una volta per tutte dalla «*psychose du licenciement interdit*»¹⁰³, tipicamente ingenerata da normative co-

⁹⁸ Su questa originaria vocazione intrinsecamente politica del diritto del lavoro, come strumento di controllo (e in parte di redistribuzione) del potere nella società capitalistica, v. da ultimo la raffinata analisi di R. DUKES, *The Labour Constitution*, cit., pp. 194 ss., nonché H. ARTHURS, *Labor Law as the Law of Economic Subordination and Resistance*, cit., pp. 593-594.

⁹⁹ Non a caso, l'Avvocato generale Wahl corrobora le sue conclusioni richiamando (al punto 80) gli impegni a modernizzare il mercato del lavoro al fine di ridurre i fattori che possono dissuadere le imprese dall'investire, intervenendo in particolare sulla disciplina vincolistica del licenziamento collettivo, che la Grecia ha assunto sottoscrivendo le condizioni che le hanno permesso di accedere al programma di *bail-out*.

¹⁰⁰ Il criterio di giustizia dominante, in quest'ottica, diventa quello essenzialmente formale-allocativo della *access-justice*, come rileva H. MICKILTZ, *Social Justice*, cit., p. 2, al quale risultano prevalentemente improntati la vasta normativa a tutela dei consumatori e lo stesso diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea. Se la giustizia d'accesso – *Zugangsgerechtigkeit/justice through access* – non si riduce a mera giustizia di mercato, non si ispira nemmeno a criteri materiali di giustizia sociale distributiva, né aspira a correggere disparità di potere economico oltre quanto sia necessario per assicurare a tutti uguali opportunità di partecipazione ai processi di mercato.

¹⁰¹ A. JEAMMAUD, *Le droit du travail dans le capitalisme*, cit., p. 26.

¹⁰² Cfr. A. BAYLOS GRAU, J. PÉREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, 2009.

¹⁰³ Ancora A. JEAMMAUD, *Le droit du travail dans le capitalisme*, cit., p. 27.

me quella greca, e le loro decisioni sul dimensionamento ottimale degli organici assicurate da regole che garantiscano certezza e prevedibilità operativa, riducendo al minimo i costi di transazione¹⁰⁴. Ma le implicazioni di una tale concezione sono ovviamente più generali: «*labour law would survive in the EU only as a collection of exceptions to the market freedoms and competition laws, subject always to a test of proportionality*»¹⁰⁵.

È alla luce di queste implicazioni generali che il richiamo alla dottrina *Lochner* della Corte Suprema americana d'inizio Novecento, suggerito da alcuni commentatori nel criticare la svolta neolibera della Corte di giustizia¹⁰⁶, non pare inappropriato, al di là delle ovvie differenze di contesto storico, politico, costituzionale. Al di là di tali differenze (e al netto dei richiami agli obiettivi sociali dell'Unione, pur ampiamente presenti in *AGET Iraklis* come del resto in *Viking* e *Laval*), c'è infatti ameno un significativo tratto di contiguità concettuale con quella che Cass R. Sunstein ha definito, in un famoso saggio, l'eredità di *Lochner*¹⁰⁷, che sta a nostro avviso precisamente in ciò:

«*Market ordering under the common law was understood to be a part of nature rather than a legal construct, and it formed the baseline from which to measure the constitutionally critical lines that distinguished action from inaction and neutrality from impermissible partisanship*»¹⁰⁸.

Come non scorgere, infatti, i segni di continuità di questa ideologia nell'icastico *incipit* delle conclusioni dell'Avvocato generale Wahl,

¹⁰⁴ È l'idea centrale del contratto a tutele crescenti introdotto in Italia dal *Jobs Act*, con il d. lgs. n. 23 del 2015. Sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, *Lavoro e diritti in crisi: il caso italiano in prospettiva europea*, in *Politica del diritto*, 2015, pp. 257 ss.

¹⁰⁵ H. COLLINS, *The Impossible Necessity*, cit., p. 464.

¹⁰⁶ V. ad es. M.W. HESSELINK, *The Justice Dimensions*, cit., p. 447 (già richiamato sopra alla nota 83), che accosta *Lochner* ad *Alemo-Herron*, e I.H. ELIASOPH, *A 'Switch in Time' for the European Community? Lochner Discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, pp. 467 ss., che evoca tale accostamento a proposito di *Viking* e *Laval*.

¹⁰⁷ C.R. SUNSTEIN, *Lochner's Legacy*, in *Columbia Law Review*, 1987, vol. 87, n. 5, pp. 873 ss.

¹⁰⁸ Ivi, p. 874. E v. più ampiamente l'ormai classico C.R. SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice*, New York - Oxford, 1997.

citare in apertura di questo studio, dove è evidente che lo spontaneo funzionamento del mercato, sospinto dalle libere decisioni economiche delle imprese¹⁰⁹, è la vera misura di costituzionalità degli interventi dei legislatori nazionali, delle interferenze prodotte dal diritto del lavoro degli Stati membri. E come in *Lochner*, il compito di proteggere la libertà contrattuale degli attori economici contro tali interferenze, tutte le volte in cui esse non siano strettamente giustificate da motivi imperativi d'interesse generale, costituisce l'essenziale funzione costituzionale che la Corte di giustizia auto-attribuisce a se stessa.

Deve valere pertanto anche per la Corte di giustizia la critica rivolta nella sua famosa *dissenting opinion* da Oliver Wendell Holmes Jr. in *Lochner*, quando rimproverò alla maggioranza di travalicare i limiti del mandato assegnato alla Corte Suprema dalla Costituzione federale, intrudendosi in questioni squisitamente politiche, come tali rientranti nella sfera riservata al legislatore dello Stato di New York¹¹⁰, affermando che «*a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire*»¹¹¹. Anzi quella critica vale ancor di più per la Corte di giustizia, in quanto essa – come ha incisivamente rilevato Joerges – «*is not a constitutional court with comprehensive competences – it is not legitimated to re-organize the interdependence of Europe's social and economic constitutions, let alone to replace the variety of European social models with a uniform Hayekian Rechtsstaat*»¹¹².

Chi per questo ha invocato una svolta simile a quella che portò la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, a partire da *West Coast Hotel Co. v. Parrish*¹¹³, a convalidare la nuova legislazione del lavoro d'ispirazione rooseveltiana¹¹⁴, non ha ingenuamente vagheggiato un improbabile ritorno all'ordine perduto, all'insegna di un malinteso

¹⁰⁹ Cfr. S. DEAKIN, *Conceptions of the Market in Labour Law*, in A. NUMHAUSER-HENNING, M. RÖNNMAR (eds.), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU*, Oxford - Portland (Oregon), 2013, pp. 141 ss., spec. p. 148.

¹¹⁰ V. ancor più esplicitamente nello stesso senso la *dissenting* dei giudici Harlan, White e Day (198 U.S. 65).

¹¹¹ Holmes Jr., *dissenting*, 198 U.S., 75.

¹¹² C. JOERGES, *A New Alliance*, cit., p. 252.

¹¹³ 300 U.S. 379 (1937), in cui la Corte confermò la costituzionalità di una legge dello Stato di Washington sul salario minimo delle donne.

¹¹⁴ I.H. ELIASOPH, *A 'Switch in Time' for the European Community?*, cit., p. 493 ss.

«approccio isolazionista»¹¹⁵ o peggio ancora protezionista. Non si tratta evidentemente di questo, ma piuttosto di ri-tematizzare la questione dei confini del diritto euro-unitario del mercato¹¹⁶, nel rispetto dell'architettura costituzionale pluralistica e composita dell'Unione, che rischia di essere disgregata da una giurisprudenza costruita unidirezionalmente sulla logica funzionale della libertà economica. Sentenze come *Viking* e *Laval*, o come *Alemo-Herron* e *AGET Iraklis*, costituiscono una «violazione flagrante» di questo equilibrio¹¹⁷, in quanto infrangono la sfera di rispetto costituzionalmente dovuta all'articolazione democratica dei modelli sociali nazionali e alle legittime differenze che questi coltivano all'interno del progetto di integrazione europea¹¹⁸.

Una ricca e sofisticata letteratura critica ha in questi anni tracciato la strada – con proposte anche metodologicamente innovative – per ritrovare questa interdipendenza virtuosa tra sfera del mercato e modelli sociali all'interno della costituzione composita europea. Qui non intendiamo soffermarci su queste proposte¹¹⁹, ma più modestamente concludere che il diritto vigente offre alla Corte di giustizia tutte le opportunità interpretative per auto-correggere la propria rotta, che rischia di acuire il «default democratico»¹²⁰ dell'Unione e le dinamiche disgregative oggi più che mai potentemente in azione dopo il *referendum* britannico. *Alemo-Herron* e *AGET Iraklis*, come prima *Viking* e

¹¹⁵ P. SYRPIS, T. NOVITZ, *The EU Internal Market*, cit., p. 305.

¹¹⁶ Cfr. A. AZOULAI, *The Court of Justice*, cit., p. 1340.

¹¹⁷ F. RÖDL, *The Labour Constitution*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, München – Oxford, 2010, pp. 623 ss., qui p. 651.

¹¹⁸ Cfr. C. JOERGES, *Will the Welfare State Survive European Integration?*, in *European Journal of Social Law*, 2011, n. 1, pp. 3 ss., spec. p. 18. Per un approfondimento di questo argomento v., inoltre, volendo, S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., pp. 78 ss.

¹¹⁹ Per quella formulata da Joerges su un nuovo *conflicts-of-law* come cifra della costituzione composita dell'Unione all'insegna dell'unità nella pluralità, v. più di recente C. JOERGES, S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, in «Rivista critica del diritto privato», 2013, 343 ss., spec. 365-367 (ove più ampi riferimenti). Per una proposta costruita su simili basi teoriche v. M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013. Una proposta più radicale – costruita a partire da una de-costituzionalizzazione del diritto euro-unitario del mercato – è quella di F. SCHARPF, *After the Crash*, cit., pp. 400 ss.

¹²⁰ G. MAJONE, *From Regulatory State to Democratic Default*, in *Journal of Common Market Studies*, 2014, pp. 1216 ss.

Laval, potevano – e dovevano – essere evidentemente decise in modo del tutto diverso.

La trasformazione di una previsione così debole come quella dell'art. 16 della Carta in un singolare parametro di controllo di costituzionalità potenzialmente incidente su qualunque limitazione della libertà economica dell'imprenditore è con ogni evidenza il frutto di un'operazione interpretativa tanto avventurosa quanto reversibile, per tornare all'insegnamento di Gérard Lyon-Caen. La stessa sentenza *AGET Iraklis* offre a ben vedere utili indicazioni in questo senso. Peraltro, per giungere a un risultato diverso, nel caso delle direttive in materia di trasferimento d'azienda e licenziamento collettivo non sarebbe stato neppure necessario scomodare il limite della funzione sociale della libertà d'impresa, potendo bastare una piana applicazione della dottrina tradizionale che consente sempre al legislatore nazionale – di fronte a misure di armonizzazione minima – di innalzare il livello di protezione in favore dei lavoratori, salvo che nelle ipotesi del tutto eccezionali di violazione *prima facie* del diritto primario dell'Unione¹²¹, ipotesi evidentemente esclusa nel nostro caso.

Ma anche restando dentro il campo semantico dell'art. 16, è evidente come si sia in presenza di una norma aperta alle più diverse opzioni interpretative, irriducibili al rattrappimento ideologico operato da *Alemo-Herron*, alla stregua delle quali l'autonomia contrattuale protetta dalla disposizione della Carta è sicuramente assoggettabile a limiti penetranti a tutela della «dignità sociale» di lavoratori¹²², che nel caso delle direttive sul trasferimento d'azienda o sul licenziamento collettivo sono – in parte e a livello minimo – dettati dallo stesso legislatore europeo, potendo senz'altro essere implementati da quello nazionale. Quei limiti, del resto, concorrono a ben vedere a definire lo stesso concetto di libertà d'impresa, nello stesso senso in cui il diritto del lavoro concorre – positivamente – a definire lo statuto giuridico dell'impresa come istituzione sociale complessa¹²³, nella quale confluiscono, e devono trovare una composizione mutevole nel tempo, i

¹²¹ V. per tutti M. DOUGAN, *Judicial Review*, cit., pp. 1222-1223.

¹²² M.W. HESSELINK, *The Justice Dimensions*, cit., 453; M.R. MARELLA, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, in *European Review of Contract Law*, 2006, n. 2, pp. 257 ss., spec. p. 274.

¹²³ Cfr. A. GRANDORI, *10 tesi sull'impresa*, Bologna, 2015.

diversi interessi «proprietary» degli *stakeholders*¹²⁴. E la «sicurezza del lavoro per i lavoratori» – per tornare all'opinione dell'Avvocato generale Wahl da cui siamo partiti – è senza dubbio uno dei più rilevanti di tali interessi.

¹²⁴ Cfr. diffusamente S. DEAKIN, *The Corporation as Commons: Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise*, in *Queen's Law Journal*, 2012, 37, n. 2, pp. 340 ss.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**
Paolo **CARETTI**
Lorenza **CARLASSARE**
Elisabetta **CATELANI**
Pietro **CIARLO**
Claudio **DE FIORES**
Alfonso **DI GIOVINE**
Mario **DOGLIANI**
Marco **RUOTOLO**
Aldo **SANDULLI**
Dian **SCHEFOLD**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca **BASCHERINI**, Marco **BETZU**,
Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**,
Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**,
Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**,
Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**,
Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Andrea **DEFFENU**, Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)