

**RIFLESSIONI SUI DIRITTI SOCIALI IN ITALIA E IN EUROPA,  
TRA COMPRESIONE DELLE TUTELE, RIDUZIONE DELL'AZIONE  
SINDACALE E GIURISPRUDENZA DELLE CORTI DI GIUSTIZIA**

*Maurizio Ballistreri* \*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La “frigidità sociale” nei Trattati fondativi – 3. Diritto e globalizzazione - 4. Globalizzazione, mercatismo e diritto del lavoro – 5. Gli accordi sindacali alla Fiat in Italia: esempio di Law&Economics? - 6. L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 – 7. I “contratti di prossimità” – 8. Il diritto del lavoro nella giurisprudenza delle Corti di Giustizia in Europa – 9. La giurisprudenza delle Corti di Giustizia a tutela dei diritti collettivi – 10. Ipotesi conclusiva.

1. – È di significativa attualità la discussione sui diritti sociali nell'Unione europea quale completamento dei diritti di libertà, intesi nella loro accezione di “diritti fondamentali”<sup>1</sup>, che ne hanno caratterizzato lo sviluppo<sup>2</sup>, in considerazione delle lacune in materia sia del Trattato costituzionale che di quello di Lisbona, a fronte del mo-

\* Università degli studi di Messina.

<sup>1</sup> Per una puntuale ricostruzione storico-giuridica dei diritti di libertà come “diritti fondamentali” si veda Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Vitale, E., Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 5-40; l'A. ha elaborato, negli ultimi dieci anni, una teoria dei diritti fondamentali ricca, complessa, e perfettamente integrata con la più generale teoria del diritto e della democrazia che è venuto in pari tempo elaborando. La teoria dei diritti proposta da Ferrajoli ha molteplici profili sia dal punto di vista della filosofia del diritto e della filosofia politica (ad esempio i rapporti tra la teoria dei diritti e l'uguaglianza e la democrazia costituzionale), sia dal punto di vista di più specifiche proposte, sovente alquanto originali, di analisi teorica e di pulizia concettuale del linguaggio dei diritti.

<sup>2</sup> Bobbio, N., *l'Età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992, in cui il filosofo torinese descrive il passaggio dalle libertà cosiddette negative (es. di religione, di stampa), a quelle politiche e sociali, che richiedono un intervento dello stato. Il riconoscimento dei diritti sociali secondo Bobbio è problematico, perché essi richiedono un intervento attivo dello stato, cosa che invece non richiedono i diritti di libertà.

dello sociale al quale la generalità degli Stati membri dell'Unione europea sembrano volersi ispirare<sup>3</sup>.

In questa prospettiva è evidente che le difficoltà in materia di tutela di diritti sociali si devono attribuire alle politiche di rigore imposte dalla stessa Unione (e in particolare dall'asse franco-renano) per privilegiare la tenuta dell'euro e la competitività dell'economia europea nel mercato globale in presenza della grave crisi finanziaria, ma è innegabile che sul piano sociale l'Europa non possiede un ruolo distributivo delle risorse paragonabile a quello degli Stati membri, ai quali continua a competere la leva dell'imposizione fiscale e quella della contribuzione sociale<sup>4</sup>.

2. – Rispetto ai Trattati fondativi dell'Unione europea si deve registrare che la dimensione sociale è sostanzialmente debole, acclarando il giudizio di "frigidità sociale" più volte espresso.

Si può affermare che a Lisbona ci si è limitati a trapiantare le disposizioni del Trattato costituzionale.

Da questo punto di vista, se risulta che, nel Trattato sul funzionamento dell'Unione, all'art. 9, viene enunciato quanto già presente nel Trattato costituzionale (art. III-117) per cui "Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana", occorre però sottolineare l'esigenza di tradurre la sensibilità al tema della protezione sociale prevista nel Trattato in azioni positive, così da rendere immaginabile un maggior riequilibrio tra gli obiettivi di politica economica e quelli di politica

---

<sup>3</sup> Costanzo, P., *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, "Relazione alle primersa Jornadas Internacionales de Justicia Constitucional (Brasil-Espana-Italia)", Belem do parà (Brasil), 25 e 26 agosto – Verano 2008;

<sup>4</sup> D'Aloia, A., *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel "processo" costituzionale europeo*, in *Il diritto costituzionale comune europeo*, a cura di Scudiero M., Napoli, Jovene, 2002

sociale. Nella stessa direzione può essere declinato il principio della coesione economica e sociale quale riequilibratore della liberalizzazione dei mercati.

3. – Il problema dell'affermazione dei diritti sociali nell'Unione europea deve essere affrontato nel quadro delle trasformazioni del diritto e del fenomeno della "globalizzazione" su cui esiste ormai una significativa produzione scientifica<sup>5</sup>. Si tratta di un'area di dibattito scientifico di stretta attualità, e i giuristi già da qualche tempo hanno preso a fare i conti con la "globalizzazione", tendendo a dividersi tra coloro che sottolineano (in maniera più o meno decisa) gli aspetti di novità e coloro che preferiscono invece evidenziare gli aspetti di continuità tra l'attuale panorama giuridico e il precedente, e tra i modi d'interpretarli<sup>6</sup>.

La "globalizzazione" si presenta come un potentissimo agente di mutazione dei sistemi giuridici tradizionali o, almeno, della loro immagine tradizionale, che costringe a ridefinire il significato tradizionalmente attribuito, dal positivismo giuridico, ai confini giuridici delle organizzazioni giuridiche e politiche.

E questo sembra comportare anche profondi cambiamenti in ambito giuridico, poiché la globalizzazione muta la tradizionale configurazione spazio-temporale delle fattispecie e degli ordinamenti giuridici, modificando le interazioni giuridiche secondo logiche "orizzontali" o "reticolari"<sup>7</sup>.

E così la legge, un tempo *dominus* incontrastato del panorama giuridico, soprattutto di quello dell'Europa continentale, perde sempre più ruolo. Il protagonismo sembra quello dei diritti, e soprattutto dei "diritti umani", che ormai hanno rubato alla legge il centro della scena, e che certo sono difficilmente collocabili all'interno del tradizionale panorama giuspositivistico. Come sempre, poi, quando perde credito la legge come fonte privilegiata, ne acquista, ovviamente, la giurisprudenza, in primo luogo costituzionale. Le stagioni di crisi delle istituzioni legislative sono sempre, infatti, stagioni in cui si afferma il protagonismo delle Corti di giustizia: i "giudici delle leggi".

<sup>5</sup> Ferrarese, M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transazionale*, Bologna, il Mulino, 2002

<sup>6</sup> Irti, N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in "Rivista di diritto civile", 2002, XLVIII, n. 5, pp. 625-635.

<sup>7</sup> Cassese, S., *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2001

L'era della globalizzazione sembra configurarsi come una di queste stagioni: da una parte la produzione giurisprudenziale di diritto sembra adattarsi meglio alla logica dell'opportunità, opposta alla logica della sicurezza cui risponde la legge, dall'altra parte le corti a carattere sovranazionale e internazionale si pongono quali generatrici di un diritto sostanziale e procedurale in buona parte autonomo e indipendente dagli Stati". Un altro istituto che esce rafforzato dalla crisi della legge è quello del contratto, che, grazie alla sua capacità di *contestualizzare* le decisioni e al suo potere di *erosione* della netta distinzione tra società civile e poteri pubblici, non si limita più all'ambito tradizionale del diritto privato, ma si impone ormai anche negli ambiti del diritto pubblico e financo del diritto penale. Inoltre, come è ovvio, la crisi della legge favorisce la creazione di nuove forme di "diritto spontaneo", anch'esse più adeguate alle necessità di efficientismo economico. Appare, così, di difficile configurazione un "diritto della globalizzazione" inteso nell'ambito del diritto della modernità<sup>8</sup>, fondato cioè sulla valenza in termini simbolici della capacità di aggregazione attorno a valori e principi condivisi, del rigore procedurale e della certezza del diritto, che sembra privilegiare invece la logica della deroga e delle esigenze gestionali connesse alla sicurezza del cittadino, da perseguire per via penale. Le istituzioni si "alleggeriscono" liberandosi dai vincoli del passato e anche verso il futuro. Il successo del diritto costituzionale e di quello giudiziario si spiega allora proprio con la loro maggiore capacità di dare risposte alle esigenze poste dal tempo presente. Il diritto costituzionale, in particolare, sembra interessato ad un profondo cambiamento del proprio ruolo, declinandosi sempre più in termini di "negoiazione costituzionale"<sup>9</sup>. Anche in ambito costituzionale, infatti, occorre "tener la partita sempre aperta", così da favorire soluzioni ottenute attraverso lo strumento pattizio. In tal modo, il diritto costituzionale sembra trasformarsi, sul modello americano, sempre più in una giustizia costituzionale *sic et simpliciter*. Anche l'istituto della costituzione grazie alla modificazione delle sue caratteristiche, può internazionalizzarsi e a una giustizia costituzionale statale può

<sup>8</sup> Ost, F., *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999

<sup>9</sup> Teubner, G., *Coincidentia oppositorum: Das Recht der Netzwerke jenseits von Vertrag und Organisation*, in M. Amstutz (a cura di), *Die vernetzte Wirtschaft: Netzwerke als Rechtsproblem*, Schulthess, Zürich 2004, pp. 7-38, in cui l'A. analizza la "relazione" tra il diritto e gli altri sottosistemi sociali

sovrapporsi allora una giustizia costituzionale transnazionale.

Ma con ciò si ritorna al tema del protagonismo delle corti. Il primato delle corti, e in particolare la supremazia delle corti costituzionali, finisce per introdurre, all'interno delle nostre istituzioni democratiche, una dimensione aristocratica sulla cui valenza è sempre bene ragionare. Questa nuova forma di costituzionalismo a carattere "pattizio", infatti, sancisce l'abbandono del modello kelseniano<sup>10</sup> di corte costituzionale come legislatore negativo, cui si sono ispirate molte ingegnerie costituzionali europee. Già l'inserimento dei "principi" nelle costituzioni ha significato delegare potere alle corti costituzionali, ma questa delega di potere è destinata ad accrescersi ulteriormente e considerevolmente.

La Corte costituzionale non è però un istituto "democratico", non è un organo maggioritario, e una delega di poteri così forte non fa appunto che inserire una dimensione "aristocratica". Il che, ben inteso, non è necessariamente un elemento negativo, ma rappresenta un aspetto che va chiarito, è cioè un'attribuzione di potere che andrebbe esplicitata sempre, attraverso una delega chiara, risultante da norma di competenza, proprio seguendo il modello della Corte Suprema degli Stati Uniti.

4. – Come cambia il diritto del lavoro a seguito dell'affermarsi della globalizzazione economica e del primato degli interessi mercatistici anche in ambito europeo?

Chi ha saputo per primo sfruttare le opportunità connesse con l'illimitata possibilità di comunicare con le nuove tecnologie, quelle informatiche, sono stati coloro i quali gestiscono i capitali finanziari.

Per questo i mercati globali sono stati, in origine, quelli delle transazioni finanziarie<sup>11</sup> e la mondializzazione dei flussi di capitale è stata l'elemento centrale della globalizzazione economica<sup>12</sup>, anche se, è stato osservato opportunamente che "la creazione di ricchezza dipende ormai dalla manipolazione finanziaria condotta da un'esigua minoranza e non dalla produzione della società nel suo insieme"<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Kelsen, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, traduzione di Treves, Torino, Einaudi, 1970

<sup>11</sup> Dahrendorf, R. *Libertà attiva*, Roma-bari, Editori Laterza, 2003 p.22

<sup>12</sup> Michalet C.A. *Global Competitiveness and its Implications for Firms*, Parigi, Ocse, 1989

<sup>13</sup> Ralston Saul J. *I bastardi di Voltaire*, Milano, Bompiani, p.300

È corretto, comunque, rilevare che nella seconda metà del XX secolo processi di interdipendenza delle economie nazionali sono ravvisabili prima dell'esplosione del fenomeno della globalizzazione.

Infatti, l'aspirazione all'integrazione economica a livello mondiale già in vista della fine del secondo conflitto mondiale, è stata presente nell'iniziativa di politica internazionale con la conferenza di Bretton Woods (1944), e rappresenta il primo esperimento per dare una cornice giuridica e istituzionale ad un sistema economico mondiale, attraverso la creazione del Fondo Monetario Internazionale e della Banca Mondiale e l'adozione del *gold standard*<sup>14</sup> abolito per volontà americana nel 1971<sup>15</sup>. Ai giorni nostri la liberalizzazione dei capitali si configura come uno dei motori della globalizzazione. D'altronde rendere i mercati nazionali aperti al libero movimento dei capitali, dei beni, dei servizi e delle persone è stato, sin dalle origini, l'imperativo categorico del capitalismo. E assieme alla libera circolazione dei capitali un altro elemento decisivo per l'affermazione della globalizzazione è la tendenza alla privatizzazione, intesa come il primato dell'investimento privato su quello pubblico e, quindi, la deregolamentazione per liberare le forze di mercato.

Lo scenario geoeconomico prodotto dalla globalizzazione, con il suo substrato di veloci innovazioni tecnologiche, non è stato ininfluenza rispetto all'evoluzione/involuzione del diritto del lavoro.

Per affrontarlo è necessario richiamare un tema che si impone nel dibattito dei giuslavoristi, quello del rapporto tra diritto ed economia<sup>16</sup>.

Il tema è nella sua essenza un tema metodologico, perché mette in contatto le posizioni teoriche del diritto del lavoro e quelle della *labour economics*<sup>17</sup>, operando un confronto sinergico proficuo per i rispettivi ambiti di ricerca<sup>18</sup>.

L'antagonismo tra giuslavoristi ed economisti trova la sua prima motivazione nel contrasto ad ogni rapporto con una scienza, che ha come obiet-

---

<sup>14</sup> Johnson, H.G., *The Bretton Woods System, Key Currencies and the "Dollar Crisis" of 1971*, in "Three Banks Review", 94, 1972

<sup>15</sup> Galbraith, J.K., *Storia dell'economia*, Milano, Rizzoli, 1988, pag. 298

<sup>16</sup> Pessi, R., *Economia e diritto del lavoro*, in "Argomenti di Diritto del Lavoro", 2006

<sup>17</sup> Deakin, S., Wilkinson, F., *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in "Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali", 1999

<sup>18</sup> Ichino, P., *I giuslavoristi e la scienze economica: istruzioni per l'uso*, in "Argomenti di Diritto del Lavoro", 2006

tivo fondamentale la massimizzazione dell'efficienza nell'allocazione di risorse, anche se c'è da osservare che il diritto del lavoro è sempre stato "diritto vivente"<sup>19</sup>, senza mai rivendicare un'autosufficienza positivistica, al contrario "artefice del superamento del diritto formale ottocentesco proprio attraverso una intensa dialettica con le scienze sociali, prima tra tutte quelle economiche".

Già più di trenta anni or sono si sosteneva che rispetto al "capitalismo globale" lo Stato nazionale, ed i sindacati che al suo interno si muovono, avrebbero perso progressivamente incidenza, a tal punto che "l'intero fondamento del nostro pensiero sulle relazioni industriali e sul diritto sindacale è distrutto"<sup>20</sup>.

Il cosiddetto "capitalismo riformato", nelle sue diverse versioni europee ("modello Keynes-Bedveridge") e americano (*New Deal* rooseveltiano), basato sul compromesso tra sviluppo sociale e mercato con le libertà economiche regolamentate dall'intervento pubblico in funzione di garanzia dei diritti sociali, grazie all'affermazione di uno strumento straordinario di redistribuzione della ricchezza nei paesi occidentali come il *Welfare State*, è apertamente messo in questione da quello che viene definito il "turbocapitalismo"<sup>21</sup>. Questo nuovo sistema impone che "l'impresa sia completamente liberata da regolamentazioni governative, senza intromissioni da parte dei sindacati, senza pastoie sentimentistiche sui destini dei lavoratori e di intere comunità e senza precisare nulla sulla distribuzione della ricchezza", con la conseguenza dell'atomizzazione e spersonalizzazione del lavoro<sup>22</sup>.

Un ritorno dunque, all'*Homo homini lupus* che Hobbes riprende da Plauto<sup>23</sup>, con il fenomeno della "delocalizzazione" e dei minori sfruttati. Il *Labour Law* così come si è sviluppato parallelamente all'affermazione del "capitalismo riformato" appare vulnerato, in particolare, il filone che da Hugo

<sup>19</sup> Mengoni, L., *Il 'diritto vivente' come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica – Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996

<sup>20</sup> Kahn-Freund, O., *Labour and the Law*, Stewens, Londra, 1977

<sup>21</sup> Luttwak, E., *la dittatura del capitalismo*, Milano, Mondadori, 1999

<sup>22</sup> Hepple, B., *Diritto del lavoro, disuguaglianza e commercio globale*, in "Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali", 2003,

<sup>23</sup> Plauto, *Lupus est homo homini*, Asinaria, a. II, sc. IV, v. 495),

Sinzheimer<sup>24</sup> si dipana sino ad Otto Kahn-Freund<sup>25</sup>, che ha consentito la costruzione delle moderne teorie del conflitto industriale e della legislazione di sostegno, ad essere messo in discussione dai processi di globalizzazione e dalla coeva dottrina della *Law and Economics*<sup>26</sup>. Un filone il cui sviluppo, anche recente sul piano della teoria generale e del metodo, “ha avuto come obiettivo quello di rendere evidente come il diritto del lavoro si evolva ormai in un contesto in cui la sua specifica vocazione all’analisi delle relazioni sociali può fecondamente avvalersi di ben altri supporti teorici che non quelli che furono di sostegno ai fondatori e di coloro che ne raccolsero il testimone”<sup>27</sup>.

Di quell’esperienza di dottrina e di metodo si devono ricavare le coordinate per rinnovare il diritto del lavoro nell’era della globalizzazione<sup>28</sup>, poiché la sfida al potere della globalizzazione è nella lotta per i diritti sociali, per le condizioni di lavoro, alla ricerca della libertà<sup>29</sup>.

Un “diritto del lavoro globale”<sup>30</sup> quindi, che ponga come obiettivo fondamentale la prescrizione per tutti i paesi che aderiscono all’Oil, della cosiddetta “clausola sociale”, come convenzione, per la prima volta obbligatoria dal 1948 (anno di istituzione dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro), riassuntiva di quelle relative alla libertà sindacale, alla contrattazione collettiva, allo sciopero, ai divieti di discriminazione, al lavoro forzato e all’età minima per la prestazione lavorativa, contro il “vantaggio comparativo” che deriva dalla pratica di bassi salari, assenza di garanzie sui diritti fondamentali dei lavoratori, diritto di associazione sindacale e tutele giudiziarie in materia di lavoro, che stanno alla base della pratica del *dumping sociale*. Una

---

<sup>24</sup> Sinzheimer, H., *Der Corporative Arbeitsnormenvertrag*, Leipzig, Dunker&Hublot, 1907/1908

<sup>25</sup> Kahn-Freund, O., *A lawyer's reflections on multinational corporations*, “Journal of industrial relations”, 1972, p. 351 ss

<sup>26</sup> Si veda il classico Posner, R.A., *Economic Analysis of Law*, Little, Boston, Richard Brown, 1992

<sup>27</sup> Giugni, G., *Una lezione sul diritto del lavoro*, in “Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali”, n. 62, 194, pag. 207

<sup>28</sup> Romagnoli, U., *Il diritto del lavoro nell’età della globalizzazione*, in “Lavoro e Diritto”, 2003, 4.

<sup>29</sup> Wedderburn Lord, *Common law, Labour law, Global law*, in “Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali”, 2002

<sup>30</sup> Ballistreri, M., *Un “diritto del lavoro globale” per il post-fordismo*, in “Annali della Facoltà di Economia dell’Università di Messina”, 2005, Tomo I

obbligatorietà il cui mancato rispetto dovrebbe comportare la sospensione dalla partecipazione al Wto, l'Organizzazione Mondiale del Commercio, istituzione internazionale che regola il "grande commercio globale".

Un *Global law of labour* per riaffermare nell'era della globalizzazione i valori e i principi condensati dal motto "Il lavoro non è una merce": "La società nel suo complesso ha l'impegno morale e giuridico di garantire che il disoccupato, il povero, il disabile e il vecchio godano di un reddito sufficiente a fornire loro uno *standard* di vita ragionevole"<sup>31</sup>

5. – Gli accordi collettivi alla Fiat in Italia del 2010 possono essere valutati come conseguenza della globalizzazione e di un diritto sindacale e di relazioni industriali influenzate dalle teorie *Law&Economics* e, comunque, al tentativo di "riportare nel contratto di lavoro il nuovo equilibrio di interessi corrispondente, da un lato, ai nuovi modelli flessibili ai quali si ispira l'attività organizzativa e produttiva dell'impresa nel mercato globale e, dall'altro, alle nuove multiformi caratteristiche del lavoro sul piano dei contenuti e delle forme giuridiche con cui viene erogato"<sup>32</sup>; il confronto con la teoria economica neoclassica quindi, sembra essere per il giurista del lavoro un passaggio obbligato per "le ricadute liberistiche di quella teoria"<sup>33</sup>.

Sul piano delle teorie del diritto, le intese alla Fiat di Pomigliano d'Arco e di Mirafiori sembrano ispirate quindi, proprio da quell'analisi economica del diritto<sup>34</sup>, diversa dalla scuola kelseniana<sup>35</sup>, che enuncia il principio secon-

<sup>31</sup> O'Higgins, P., *Introduction to Economic and Social Rights*, in Heffernan L., *Human Rights: a European Perspective*, Dublin, 1994.

<sup>32</sup> Carabelli, U., *Contratto di lavoro e post-taylorismo*, in "Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali", n.101, 2004, 1, pag.16-17

<sup>33</sup> Del Punta, R., *Economia e diritto del lavoro*, in "Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali", n. 89, 2001, I, pag. 11

<sup>34</sup> Posner, R., *Economic Analysis of Law*, Boston, op. cit. in cui uno dei "padri" della *Law&Economics* afferma: "può essere possibile dedurre le caratteristiche formali principali del diritto stesso da una teoria economica", pag. 189; Pardolesi, R., *Analisi economica del diritto*, voce, in *Digesto civile*, I, Torino, Utet, 1987

<sup>35</sup> Kelsen, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, op. cit., in cui il grande maestro della "dottrina pura del diritto" enuncia la completezza dell'ordinamento giuridico che "non contiene soltanto la proposizione per cui si è obbligati ad un determinato comportamento (in quanto la negazione di questo comportamento è posta come condizione della specifica conseguenza della infrazione giuridica) ma anche la proposizione: <si è liberi di fare o non di fare quello a cui si è obbligati>. Questa norma negativa è quella che viene applicata in una deci-

do cui “il diritto è economia”<sup>36</sup>, nel mentre si sviluppa il dibattito civilistico sulla crisi dei paradigmi che determinano il pluralismo metodologico e che è stata opportunamente definita “l’anomalia post positivista del diritto del lavoro italiano”<sup>37</sup>.

Come è noto nella ricerca per definire un generale quadro di prospettiva la *Law&Economics* può essere, in sintesi, rappresentata come espressione giuridica di studi e teorie che in campo economico evidenziano i limiti e gli errori dell’intervento pubblico sul mercato e l’esigenza di realizzare un confronto positivo tra mercato ed efficienza. Tale confronto può riguardare sia l’elaborazione normativa, anche nell’ambito della più complessiva politica del diritto, quanto l’effettività sul piano sostanziale. Infatti, il moderno diritto non ha mai rivendicato una sorta di autosufficienza di stampo positivistico, chiuso nel recinto del diritto formale ottocentesco, sviluppando al contrario importanti aperture nei confronti delle scienze sociali ed economiche, pur nella salvaguardia dei paradigmi fondativi<sup>38</sup>.

L’esame economico del diritto e della regolazione pubblica del mercato è per gli esponenti della *Law&Economics* rivolto ad accertare il costo degli strumenti giuridici e i loro effetti indotti, l’alterazione che essi producono nella situazione di mercato, i caratteri che imprimono al mercato stesso, i fatti complessivi di cui essi si fanno tramite per potere determinare un particolare gioco del mercato<sup>39</sup>. Più di recente, gli studiosi della *Law and Economics*,

---

sione in cui viene respinta la pretesa verso un comportamento che non è divenuto un obbligo”, pag. 125; il giurista austriaco sin dal 1911 con *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, aveva enunciato i caratteri della “dottrina pura del diritto”, intesa come “teoria generale del diritto”, distinguendo nel diritto positivo la forma dal contenuto

<sup>36</sup> Loi, P., *L’analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, in “Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali”, n. 84, 1999, n. 4

<sup>37</sup> D’Antona, M., *L’anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, ora in Id., *Opere*, Milano, Giuffrè, 2000, vol. I, pag. 60 ss., in cui si contesta un metodo della dottrina giuslavoristica definito “anomalo” e “opportunistico” a causa della “debole o debolissima capacità di difendere la positività del diritto”; a tal proposito una recente e puntuale rilettura del saggio di D’Antona da parte di Sciarra, S., *Post positivista e pre globale. Ancora sulla anomalia del diritto del lavoro italiano*, in “Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali”, n. 1, 2009, pag. 159-183.

<sup>38</sup> Alpa, G., *L’analisi economica del diritto nella prospettiva del giurista*, in Alpa, G., Puitini, F., Rodotà, S., Romani, F. (a cura di), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, Giuffrè, 1992, pag. 2.

<sup>39</sup> Del Punta, R., *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in “Giornale di Diritto del Lavoro

pur continuando a ritenere l'analisi economica del diritto strumentale, evolutiva e funzionale, "si associa ora a una versione del pragmatismo giuridico che aderisce alla credenza in una conoscenza del diritto flessibile ed intuitiva"<sup>40</sup>.

6. – Anche l'introduzione dei "contratti di prossimità", a seguito dell'approvazione della legge n. 148 del 2011, che ha conferito, in presenza di contenzioni legali e di conflitti sindacali, efficacia retroattiva *erga omnes* agli accordi alla Fiat in Italia, può essere analizzata in ragione dell'analisi economica del diritto e, certamente, in rapporto alla crisi finanziaria mondiale che ha provocato nel nostro Paese l'adozione di misure di finanza pubblica all'insegna di quel rigore economico, declinato nel campo del lavoro in termini di flessibilità.

Si tratta delle ricette economiche della Banca centrale europea, che per l'Italia hanno "suggerito", proprio sulla base del "pensiero unico" sulla flessibilità del lavoro<sup>41</sup>, una "maggiore flessibilità in uscita"<sup>42</sup>. L'intervento in materia di diritto sindacale e del lavoro, inserito nella manovra economica di governo e recepito dal Parlamento nell'agosto del 2011, prevede maggiore flessibilità per i licenziamenti individuali (riaprendo così, la questione relativa all'art. 18 della legge 300/70) e per le assunzioni, orari di lavoro, mansioni e qualifiche, contratti a tempo determinato, deroghe ai contratti nazionali da parte di quelli aziendali o territoriali sulle materie inerenti l'organizzazione del lavoro. In particolare l'intervento governativo è finalizzato a conferire efficacia generale ai cosiddetti "contratti di prossimità", stipulati "a livello aziendale o territoriale da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero dalle rappresentanze sindacali operanti a livello aziendale".

Questi contratti potranno operare deroghe alle norme di diritto del la-

---

e di Relazioni Industriali", op. cit..

<sup>40</sup> Minda, G., *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, il Mulino, 2001, pag. 176.

<sup>41</sup> Perulli, A.- Speziale, V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in "Working Papers" C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".II, 132/2011 pag. 11.

<sup>42</sup> Perulli, A.-Speziale, V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, op. cit., pag. 16, dove gli A.A. parlando di "scarsa fondatezza del 'pensiero unico', che ha creato un vero e proprio 'mito della flessibilità'".

voro, tranne nei casi di diritti indisponibili e/o quesiti, per intese che si pongano l'obiettivo della crescita occupazionale, dell'emersione del lavoro irregolare, degli aumenti salariali e di competitività, della gestione delle crisi aziendali e occupazionali e di nuovi investimenti. E tra le materie oggetto dei contratti di prossimità: le modalità di assunzione, alcuni profili della disciplina del rapporto individuale di lavoro, le collaborazioni coordinate e continuative, la conversione dei contratti a termine, il recesso dal rapporto di lavoro ad eccezione dei licenziamenti intimati a causa di discriminazione o quello della lavoratrice in caso di matrimonio. Ma, naturalmente, la norma su cui con maggiore forza si è sviluppata la dialettica politica, accademica e sindacale, è quella relativa alla salvaguardia delle intese aziendali sottoscritte prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, definita "norma salvaintese alla Fiat".

Sotto il profilo giussindacale si deve analizzare l'intervento legislativo in rapporto ai principi dell'autonomia collettiva<sup>43</sup>, valutando anche gli effetti legali che potranno produrre gli interventi derogatori da parte della contrattazione sul rapporto individuale di lavoro, pur in presenza della clausola definita di "sterilizzazione", relativa all'efficacia dei contratti collettivi aziendali pregressi (come a Mirafiori, Pomigliano d'Arco e Grugliasco), che ribadisce "l'autonomia delle parti".

L'art. 8 della legge n. 148/2011 può essere apprezzata nella prospettiva dello schema della piena pari-ordinazione tra Stato e sindacati e della teoria "sistemico-funzionale"<sup>44</sup>, in cui operano un "sotto-sotto-sistema giuridico/statuale" (interno al sotto-sistema politico) ed un "sotto-sotto-sistema intersindacale (interno al sistema di relazioni industriali)", dalle molteplici interazioni e senza rapporti gerarchici, in cui la fonte collettiva più prossima agli interessi disciplinati, e quindi quella aziendale, nei limiti della inderogabilità delle norme di legge, viene ritenuta "prevalente sulle altre consimili, anche se di livello superiore", all'interno dello schema dell'autonomia negoziale privata, integrato dai principi di competenza e specialità<sup>45</sup>. Ed è in questa prospettiva che l'intervento legislativo sembra recuperare il senso della tradizione pluralistica e privatistica dell'autonomia collettiva in Italia,

<sup>43</sup> Sinzheimer, H., *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, Monaco, 1916, Berlino, 1977, pag. 50.

<sup>44</sup> Vardaro, G., *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Napoli, Jovene, 1984.

<sup>45</sup> Ferraro, G., *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1992.

confutando le tesi svalutative della contrattazione aziendale, quale atto terminale di un processo di negoziazione verticistico ed egemonizzato a livello centrale dal contratto collettivo nazionale<sup>46</sup>: l'interventismo statale autoritario nella sfera della contrattazione collettiva e, più in generale, sul terreno costitutivo dell'autonomia della rappresentanza e della condotta sindacale, e il non-interventismo vigente nell'area del *Common Law*. Come è noto, un modello integrato tra autoregolazione ed eteroregolazione, ricombinando criticamente l'uso dello strumento legislativo e dello strumento contrattuale<sup>47</sup>. L'intervento legislativo quindi, sembrerebbe non ledere la tradizione volontaristico-privatistica" della contrattazione collettiva<sup>48</sup>.

#### 7. – I “contratti di prossimità”<sup>49</sup> secondo questo schema sembrano

<sup>46</sup> Zangari, G., *I livelli della contrattazione collettiva: il concorso/confitto tra contratto nazionale ed aziendale (con spunti di diritto sindacale comparato)*, in “Massimario di giurisprudenza del lavoro”, 1987, 428.

<sup>47</sup> Il riferimento è a *Kahn-Freund, O., Labour and the Law*, op. cit., in cui l'A. ripropone tutta l'esperienza teorica post-weimariana votata alla integrazione critica delle due tendenze.

<sup>48</sup> De Luca-Tamajo, R., *La proceduralizzazione e l'estensione dell'efficacia soggettiva della contrattazione: centralità del momento volontaristico-privatistico*, in *Il sindacato alla svolta degli anni '90. Contrattazione, rappresentanza, democrazia* (a cura di Amato, F., Mattone, S.), Milano, Franco Angeli, 1989. L'Autore fissa un principio fondamentale della contrattazione collettiva italiana, che è rimasto intatto sino ai giorni nostri, quello della natura privata e volontaria: “per quanto necessitano di una traduzione legislativa, i tentativi di proceduralizzazione della contrattazione collettiva e di estensione dell'efficacia soggettiva, che sembrano allo stato più affidabili, poggiano ancora saldamente sul momento volontaristico-privatistico”, pag. 140.

<sup>49</sup> Art. 8 Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità.

1. I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero dalle rappresentanze sindacali operanti in azienda possono realizzare specifiche intese finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività.

2. Le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione incluse quelle relative: a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio e il

presentare sotto il profilo giuridico caratteristiche omologhe ai “contratti gestionali”<sup>50</sup>, per ciò che attiene le deroghe a diritti individuali del prestatore di lavoro, previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva nazionale ed ai soggetti stipulanti: i sindacati “comparativamente più rappresentativi” e le rappresentanze sindacali operanti a livello aziendale”, con il possibile ricorso al principio di maggioranza anche di coalizione.

Il “contratto gestionale” opera su esplicito rinvio della legge, consentendo in caso di ristrutturazioni aziendali di porre in essere atti di disposizione su diritti individuali del lavoratore, sia di fonte legislativa che contrattuale<sup>51</sup>, con una sovrapposizione degli elementi relativi allo “scambio” e/o alla “concessione” e, quindi, alla gestione-cooperazione e/o alla concessione<sup>52</sup>. Siamo in presenza di un contratto con funzioni diverse, “deregolativa” e “dispositiva”, quest’ultima ritenuta come incidente sulla procedimentalizzazione dei poteri datoriali<sup>53</sup>, profili che vengono a sovrapporsi producendo contaminazione giuridica<sup>54</sup>.

## 8. – Globalizzazione e principi monetaristici che hanno presie-

---

licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio.

3. Le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto stesso si riferisce a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori.

<sup>50</sup> Ballistreri, M., *Contrattazione collettiva e contratti di prossimità*, in “Diritto&Pratica del Lavoro”, n.40/2011.

<sup>51</sup> Lunardon, F., *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Torino, Giappichelli Editore, 1999, pag. 135.

Caruso, B., *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Franco Angeli, 1992, pag. 130 e segg.

<sup>52</sup> Le diverse distinzioni in Sciarra, S., *Pars pro toto, totum pro parte: diritti individuali e interesse collettivo*, in “Lavoro e Diritto”, 1987, pagg. 477-479; Caruso, B., *Rappresentanza sindacale e consenso*, op.cit., pag. 131 e segg.

<sup>53</sup> Grandi, M., *Intervento in AA.VV., Per una disciplina legislativa del contratto collettivo*, a cura dell'Unione Industriali, Torino, 1987, pag. 24, per il quale gestionale non significa neppure derogatorio, ma “incidente sul potere di gestione delle direzioni aziendali”, che “riflette più un allargamento dell'area degli interessi regolabili negozialmente che un mutamento di funzione dello strumento negoziale”. Sulla stessa posizione Napoli, M., *I rinvii legislativi e i caratteri dell'autonomia collettiva*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Milano, Giuffè, pag. 168.

<sup>54</sup> Una efficace tesi di sintesi è quella di Lunardon, F., *Efficacia del contratto collettivo e democrazia sindacale*, op. cit. pag. 137. Secondo l'A “la classificazione più logica secondo la prevalenza quantitativa di utilizzazione degli aggettivi da parte degli autori, ci pare essere la seguente:

duto la nascita dell'Unione europea e crisi finanziaria mondiale riducono sempre più l'area dei diritti sociali, le tutele dei lavoratori nel rapporto individuale, l'azione sindacale. E in questo scenario, per ciò che riguarda l'Europa, possono essere le istituzioni dell'Unione protagoniste del recupero dei diritti sociali che nei singoli Stati subiscono sistematiche compressioni?

In questa prospettiva l'Unione ha l'esigenza di individuare nella garanzia dei diritti sociali una base giuridica di ordine costituzionale, così da porre mano alla definizione di un modello sociale europeo (si rammenti la definizione scaturita al Consiglio europeo di Nizza del 20 dicembre 2000 come “*contraddistinto da un legame indissociabile tra prestazione economica e progresso sociale*”<sup>55</sup>, che recuperi l'originaria vocazione sociale dell'Europa unita<sup>56</sup>. Com'è avvenuto per i diritti più classici, nei cui confronti le tradizioni costituzionali degli Stati membri sono state elevate a principi generali dell'ordinamento comunitario, così dovrebbe accadere per i diritti sociali, anche attraverso un nuovo approccio metodologico<sup>57</sup>, la cui tutela e promozione si dovrebbe individuare nella tradizione solidaristica europea, per pervenire alla “costituzionalizzazione dei diritti sociali” in ambito europeo, anche utilizzando le procedure di *soft law*<sup>58</sup>.

L'elevazione, inoltre, a livello di diritto originario dell'Unione

---

l'espressione contrattazione concessiva equivale a contrattazione in perdita, ed è contraria a quella di contrattazione incrementale o acquisitiva. All'interno del *genus* contrattazione concessiva, troviamo le *specie* contrattazione gestionale, derogatoria, dispositiva. Queste ultime possono sovrapporsi, come si è detto. La contrattazione ablativa, poi, lungi dall'essere un sinonimo di contrattazione concessiva unilaterale pura (che non esiste, in quanto pur sempre contrattazione), è indifferentemente utilizzata come sinonimo di contrattazione in perdita, oppure di contrattazione dispositiva, in quanto “sottraente” qualcosa ai lavoratori”.

<sup>55</sup> Su questa tematica, tra gli altri si veda Bronzini, G., *L'Europa politica dopo la Convenzione tra continuità e rottura*, in *Europa, Costituzione e Movimenti sociali*, a cura di Giuseppe, B., Friese, H., Negri, A., Wagner, P., Roma, Manifestolibri, 2003, pag. 174.

<sup>56</sup> Mancini, G.F., *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento della Comunità europea*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Atti del convegno di Parma del 30-31 ottobre 1985, Padova, Cedam, 1988.

<sup>57</sup> Olivelli, P., *Diritti sociali e "metodo di coordinamento aperto" in Europa.*, in “Argomenti di diritto del lavoro”, 2002.

<sup>58</sup> Sciarra, S., *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e pro-*

europea della Carta di Nizza <sup>59</sup> permetterebbe alla Corte di giustizia di disporre degli strumenti giuridici per effettuare i bilanciamenti necessari tra competitività economica a livello globale dell'Unione e livello qualitativo della vita di tutti i suoi cittadini, evitando, tra l'altro, l'elaborazione di parametri maggiormente disputabili (si veda il caso C-144/04, *Mangold*; ma si ricordi il richiamo all'affermazione del principio di non discriminazione e delle libertà fondamentali del Trattato: come nei casi C-117/01, *K.B.*; C-342/01, *Merino Gomez*; C-173/99, *Bectu*; 1/72, *Frilli*).

Dalla giurisprudenza delle Corti di Giustizia europee, come del resto è avvenuto nel passato per quanto riguarda la Consulta in Italia, ci si può attendere un sostegno ai diritti sociali, che i vari Trattati europei non hanno compiutamente definito <sup>60</sup>, attraverso la loro giustiziabilità.

In questo scenario istituzionale deve essere apprezzato il ruolo delle Corti di giustizia in Europa, riguardo ai diritti sociali.

Si deve ricordare, al riguardo, che la Corte di Strasburgo non ha

---

*cedure di soft law*, in "Quaderni costituzionali", 2004; il tema della *soft law* in materia di diritti sociali è compiutamente affrontato da Caruso, B., in *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in "W.P. C.S.DL.E. "Massimo D'Antona".It, n.39/2005, in cui sul tema della costituzionalizzazione dei diritti sociali l'A. si pone l'interrogativo se "il nuovo sistema di regole sul lavoro (il modello sociale europeo), alla fine possedga i tratti ibridi e originali dell'interconnessione comunicativa di diversi sistemi di regolazione nazionali, senza per questo abdicare ad alcuni valori tradizionali delle costituzioni sociali e dunque a principi identitari forti?".

<sup>59</sup> Su questa tematica esiste una vasta letteratura, tra gli altri si veda: Treu, T., *L'Europa Sociale: problemi e prospettive*, in "Diritto delle relazioni industriali", 2001; Sciarra, S., *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, 2001; Del Punta, R., *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in "Diritto delle relazioni industriali", 2001; Salazar, C., *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un "viaggio al termine della notte"?*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di Ferrari, G.F., Milano, Giuffrè, 2001; Giubboni, S., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in "Il Diritto dell'Unione Europea", 2003.

<sup>60</sup> Lucarelli, A., *Diritti sociali e principi "costituzionali" europei*, in *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, a cura di Lucarelli A. e Patroni Griffi A., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; Tiraboschi, M., *I diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale*, in "Diritto delle relazioni industriali", 2005.

esitato talvolta (ad esempio sentenza *James* del 21 febbraio 1986) ad affermare la legittimità di restrizioni alla proprietà finalizzate a scopi di “giustizia sociale”, discrezionalmente fissate dagli Stati membri, o ad includere nella garanzia della proprietà anche la garanzia di diritti a prestazioni di carattere sociale, sia esse previdenziali e assistenziali (ad esempio sentenze *Feldbrugge* e *Deumeland* del 29 maggio 1986); più prudente invece, si è mostrata la Corte di Giustizia europea in materia di diritti collettivi<sup>61</sup>. Tuttavia, il tema del bilanciamento tra diritto di stabilimento o di libera prestazione dei servizi, da un lato, e diritti di azione collettiva, dall'altro, è stato affrontato dalla Corte di giustizia con un approccio sovente criticato, così come è avvenuto per altre sentenze della Corte riguardanti clausole sociali contenute nei capitolati di appalti pubblici e in leggi nazionali. Il tema resta di bruciante attualità e di difficile soluzione, come testimoniato dal recente caso inglese della Total e dalla spinta al protezionismo nazionale derivante dall'attuale grave crisi europea<sup>62</sup>.

9. – È stato osservato che le Corti di giustizia hanno avuto, sino a oggi, modo di occuparsi di contrattazione collettiva allorché essa prodotta da attori nazionali ed esplicando effetti limitati a tale ambito, “si è posta o come potenzialmente distorsiva della concorrenza, ovvero limitativa della circolazione economica, di servizi e di stabilimento, tra uno Stato e un altro. Non se ne è occupata, invece, come fenomeno di regolazione sovranazionale”<sup>63</sup>

In questa prospettiva, si devono ricordare, solo sommariamente, il caso *Albany* che ha inaugurato una tendenza giurisprudenziale, riscontrata dal caso *Van der Woude* e più recentemente, dal caso *AG2 R Prévoyance*. Con que-

<sup>61</sup> Fontana, G., *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in “WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona”. INT – 78/2010 “, in cui l'A. sottolinea come “la Corte di Giustizia sottrae al diritto interno e alle Costituzioni nazionali il dominio sull'autonomia sindacale e sul conflitto collettivo, portandolo all'interno dei parametri di riferimento del diritto comunitario secondo l'interpretazione da essa stessa data circa i limiti di compatibilità dell'azione collettiva, di volta in volta enucleati dal caso concreto in rapporto alle quattro libertà fondamentali, che assumono, a dispetto dell'equi-ordinazione sul piano astratto-formale, un valore preminente sui diritti sociali collettivi”, pag. 62.

<sup>62</sup> AA.VV., *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, a cura di Andreoni, A., Veneziani, B., Roma, Ediesse, 2009.

<sup>63</sup> Caruso, B.-Alaimo, A., *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*, in “W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona”.Int, n. 87/2011.

sta tendenza giurisprudenziale, in particolare con il caso *Albany*, la Corte di Lussemburgo ha fugato i dubbi legali circa la compatibilità tra il sostegno legislativo alla contrattazione collettiva, a fini di sostegno della sua efficacia regolativa, e i principi europei sulla libera concorrenza. Diverso e maggiormente articolato il giudizio sull'operato della Corte di Lussemburgo, quando essa si è cimentata con il bilanciamento del diritto di negoziazione collettiva (caso *Rüffert*), ma, in particolare, nei casi *Viking* e *Laval*, per la coerenza tra azione sindacale a fini di negoziazione e libertà economiche di circolazione, in specie libertà di stabilimento (art. 49) libertà di prestazione di servizi (art. 56), anch'esse teleologicamente rivolte alla realizzazione del mercato interno.

Nei casi *Viking* e *Laval*<sup>64</sup> il bilanciamento della Corte tra diritti sociali e libertà economiche ha operato favorendo le esigenze di integrazione europea e della costruzione del mercato unico, a partire dalla libertà di circolazione, rispetto alla garanzia dei diritti di contrattazione collettiva e di autotutela. Con esse la Corte si è pronunciata sul tema della legittimità e dei limiti entro i quali l'esercizio di un'azione collettiva (lo sciopero nel caso *Laval*, il boicottaggio nel caso *Viking*) possa giustificare una restrizione alle libertà economiche riconosciute dall'ordinamento comunitario alle imprese private (la libera prestazione di servizi nel caso *Laval*, la libertà di stabilimento nel caso *Viking*).

Il ragionamento della Corte si articola in due momenti: il primo, relativo all'inserimento del diritto di azione collettiva tra i diritti fondamentali riconosciuti a livello comunitario (art. 28 Carta di Nizza), che deve essere esercitato compatibilmente con le libertà economiche di circolazione ex artt. 43 e 49 TCE (cd. giudizio di bilanciamento); il secondo, inerente l'applicazione del test di proporzionalità, quale filo conduttore del giudizio di bilanciamento.

Per quanto concerne il primo profilo, nella sentenza *Viking*, viene enunciato il principio in base al quale "il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la tutela dei lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato e che la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale già riconosciute dalla

---

<sup>64</sup> La Corte di Giustizia della Comunità Europea – casi *Viking* (C-438/05 dell'11.12.2007) e *Laval* (C-341/05 del 18.12.2007).

Corte”. Analogamente, nella sentenza *Laval*, si afferma che “il diritto di intraprendere un’azione collettiva, che ha come scopo la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un’eventuale pratica di dumping sociale, può costituire una ragione imperativa di interesse generale, ai sensi della giurisprudenza della Corte, tale da giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato”. Come si nota, la prospettiva comunitaria – diversamente da quella italiana – non riconosce la priorità dei diritti sociali sulle ragioni del libero mercato, anzi, ne subordina l’esercizio al rispetto di un duplice limite: la sussistenza di ragioni imperative di interesse generale, come la tutela dei diritti dei lavoratori, da un lato; l’applicazione del giudizio di bilanciamento tra i diritti e le libertà in argomento, dall’altro.

La Corte di Giustizia ha affermato espressamente che “poiché la Comunità non ha soltanto una finalità economica, ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano, in particolare, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione adeguata e il dialogo sociale”. In applicazione di questo principio, secondo la sentenza *Laval*, uno sciopero finalizzato ad ottenere la stipula di un contratto collettivo è in grado di giustificare una compressione delle libertà economiche del Trattato, “idonea a garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito” senza andare “al di là di ciò che è necessario per perseguirlo”; secondo la sentenza *Viking*, una restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa “soltanto qualora persegua un obiettivo legittimo compatibile con il trattato, che sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. È tuttavia anche necessario, in tali casi, che essa sia idonea a garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito e che non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo”.

La Corte quindi, con le citate sentenze, non solo ha confermato che il diritto d’azione collettiva deve essere riconosciuto come un diritto fondamentale, parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l’esercizio e che può essere soggetto a determinate restrizioni.

La Corte così, ha ribadito che, ai sensi dell'articolo 3 del Trattato di Roma, l'azione comunitaria comprende non solo un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione (tra gli Stati membri) degli ostacoli alla libera circolazione, ma anche una politica nel settore sociale. Dal momento che la Comunità non ha solo uno scopo economico ma anche sociale, i diritti derivanti dalle disposizioni del trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti di politica sociale, tra i quali troviamo, come enunciato all'articolo 136 CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consentano un progresso paritario, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale. La Corte ha ricordato inoltre, che il diritto di intraprendere azioni collettive finalizzate alla tutela dei lavoratori dello Stato ospitante contro possibili pratiche di dumping sociale, può costituire una motivazione importante di interesse generale che giustifica la restrizione ad una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

E sulla diffusione del fenomeno del dumping sociale è stato opportunamente evidenziato come “nella realtà dell’attuale panorama economico globale si è, dunque, segnalata l’opportunità di neutralizzare, per mezzo di una regolamentazione transnazionale, gli eccessi della concorrenza tra gli ordinamenti nazionali, che determinano inevitabilmente un *décalage* dell’effettività del diritto del lavoro, nell’ottica di una *regolazione della concorrenza sociale guidata da principi internazionalmente riconosciuti di rispetto dei diritti fondamentali*”<sup>65</sup>.

10. – Di conseguenza, si può delineare un ruolo delle Corti attento ai diritti sociali, in un contesto segnato dall’attuale crisi finanziaria planetaria, da processi di globalizzazione che hanno imposto un’economia sempre più “aperta” di stampo liberistico, con la perdita crescente del senso di solidarietà collettiva e dell’eguaglianza sostanziale, con evidenti implicazioni anche sul versante dei diritti a causa della *lex mercatoria*.

Forse perché, come è stato scritto<sup>66</sup>, l’Europa è caratterizzata

---

<sup>65</sup> Pessi, R., *Dumping sociale e diritto del lavoro*, in “*Working Papers-Libertà, lavoro e sicurezza sociale*”, Università degli Studi di Macerata, 3/2011.

<sup>66</sup> Cassese, S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006; l’esperienza europea sin dall’Alto Medioevo come “sovrapposizione di giurisdizioni e poteri non coordinati logicamente e in concorrenza tra loro” in Strayer, J.R., *Le origini dello Stato moderno*, Milano, Celuc,

da “Organizzazioni fluide, non gerarchiche, diffuse” secondo il “principio del funzionalismo, ovvero della progressività”, con un nocciolo duro di prescrizioni che, in definitiva, sono quelle del Trattato di Maastricht sul rigore nei conti pubblici e nella lotta all’inflazione, lasciando in ombra il tema dei diritti sociali che, alle origini del processo di integrazione europea negli anni ’50 del secolo trascorso invece, sembrava, a ragione, dovere costituire l’essenza dell’unione del Vecchio Continente, che fu il sogno dei Padri fondatori del moderno europeismo <sup>67</sup>.

---

1975.

<sup>67</sup> Un’ampia disamina in *Altiero Spinelli e i movimenti per l’unità Europea*, Padova, Cedam, 2011.