

ALMA MATER STUDIORUM - UNIVERSITA' DI BOLOGNA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

XXV CICLO

Settore Concorsuale di afferenza: 12/E1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/14

La circolazione dei servizi in una economia sociale di mercato

Presentata da: **dott. Mattia Bosio**

Coordinatore Dottorato

Chiar.ma Prof.ssa Lucia Serena Rossi

Relatore

Chiar.ma Prof.ssa Alessandra Zanobetti

Esame finale anno 2014

*Al mio babbo ed alla mia mamma.
Ed a chi diede il La che ancora risuona nel vento...*

"Je refuse une Europe qui ne serait qu'un marché, une zone de libre-échange sans âme, sans conscience, sans volonté politique, sans dimension sociale. Si c'est vers ça qu'on va, je lance un cri d'alarme."

Jacques Delors

INDICE

Introduzione

Parte I: Il regime giuridico conflittuale del diritto europeo dei servizi in una economia di mercato

Capitolo I. Una disciplina giuridica comunitaria in favore del principio del Paese di origine

SEZIONE I. La portata estensiva della libera prestazione dei servizi ai sensi del diritto primario.

§ 1. *La nozione di servizio: una accezione essenzialmente comunitaria*

§ 2. *Gli elementi costitutivi della prestazione comunitaria di servizi*

a) *L'esercizio temporaneo*

b) *... di un'attività economica autonoma*

c) *...che comporti l'attraversamento di una frontiera interna.*

§ 3. *I Soggetti beneficiari della libera prestazione*

§ 4. *L'efficacia diretta della clausola di libera prestazione*

§ 5. *Le restrizioni vietate: misure discriminatorie e misure indistintamente applicabili*

§ 6. *Il rapporto con le altre libertà fondamentali: il mercato unico dalle merci ai servizi*

§ 7. *Relazioni complementari con il diritto di stabilimento: il livello di controllo esercitato sugli operatori transfrontalieri dal Paese ospitante*

§ 8. *Libera prestazione dei servizi e libera circolazione dei lavoratori*

SEZIONE II. Un regime giuridico circoscritto dalla disciplina interna del Paese ospitante: la preservazione della disciplina dello Stato di destinazione del servizio e la riaffermazione della sovranità nazionale

§ 1. *Le eccezioni al principio della parità di trattamento nel diritto primario: ordine pubblico, sicurezza pubblica, sanità pubblica ed esercizio di pubblici poteri.*

a) *L'ordine pubblico*

b) *La Pubblica sicurezza*

c) *La Sanità pubblica*

d) *L'esercizio di pubblici poteri*

§ 2. *Le ragioni imperative di interesse generale che giustificano una restrizione indistintamente applicabile.*

SEZIONE III. Libera prestazione, Mutuo riconoscimento ed equivalenza: un approccio in favore dell'integrazione e del Principio del Paese di origine

§ 1. *Il diritto primario tra regola del trattamento nazionale, principio di non discriminazione e clausola di libera prestazione*

§ 2. *I principi dedotti dalla giurisprudenza: equivalenza e Mutuo riconoscimento*

§ 3. Portata ed effetti dei principi: verso l'affermazione esplicita del principio del Paese di origine

Capitolo II. Il diritto derivato: alla ricerca di un compromesso tra Principio del Paese di origine e disciplina del Paese di destinazione tra codificazione, coordinamento e tentativi di armonizzazione

SEZIONE I. Una normativa comune per tutte le attività di servizi: libera prestazione e libertà di stabilimento

§ 1. Il campo di applicazione della direttiva servizi

§ 2. L'oggetto della direttiva ed il rapporto con la normativa preesistente

§ 3. Le disposizioni sostanziali in materia di libertà di stabilimento

a) I regimi di autorizzazione.

b) I requisiti.

§ 4. Libera prestazione dei servizi, normativa applicabile ed ipotesi di deroga

a) Il principio del Paese di origine nella proposta di direttiva.

b) La clausola della libera prestazione: un mutuo riconoscimento rafforzato.

c) Le riserve specifiche.

d) Un breve codice di consumo.

§ 5. Gli adempimenti di natura tecnico – amministrativa a carattere funzionale

SEZIONE II. Il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi

§ 1. L'utilizzo transfrontaliero di manodopera dipendente nell'ambito di una prestazione di servizi

§ 2. La direttiva 96/71: un instabile equilibrio tra libera concorrenza e protezione dei lavoratori

a) Campo di applicazione e destinatari delle disposizioni obbligatorie

b) Le norme inderogabili in caso di distacco: individuazione delle fonti ed ipotesi di deroga.

c) Cooperazione amministrativa e tutela giurisdizionale.

§ 3. Il rapporto della direttiva sul distacco con la direttiva servizi ed il diritto internazionale privato

§ 4. Il distacco alla prova pratica: la definizione giurisprudenziale del nocciolo duro di tutela applicabile ai lavoratori distaccati

SEZIONE III. L'eccezione della direttiva sul distacco conferma la regola di preferenza in favore del Principio del Paese di origine

§ 1. La versione integralista del Principio del Paese di origine nella proposta Bolkestein

§ 2. Il principio mascherato. Libera prestazione nella direttiva servizi

§ 3. L'armonizzazione delle ragioni imperative in concreto: le prime (timide) interpretazioni

§ 4. Una soluzione di compromesso dettata dalla peculiarità del distacco: tra protezione dei lavoratori e garanzia di circolazione dei servizi

Parte II: Il mercato europeo dei servizi: alla ricerca di una nuova dimensione sociale dell'economia

Capitolo I. Libera circolazione dei servizi e protezione dei diritti sociali dei lavoratori: il conflitto sbilanciato.

SEZIONE I. Dumping sociale e concorrenza tra ordinamenti in un mercato europeo senza frontiere interne

- § 1. *La portata del dumping sociale nell'ordinamento giuridico comunitario*
- § 2. *Libertà di stabilimento e concorrenza tra imprese: alla ricerca del vantaggio competitivo*
- § 3. *Libera prestazione dei servizi, distacco e concorrenza tra lavoratori*
- § 4. *Le azioni collettive dei lavoratori come strumento di contrasto ai fenomeni di dumping*

SEZIONE II. Viking e Laval: conflitto ad armi impari? La giurisprudenza comunitaria bilancia i diritti sociali con le libertà economiche

- § 1. *I fatti di causa all'origine delle controversie*
 - a) *Il caso Viking*
 - b) *Il caso Laval*
- § 2. *La similarità dei fatti di causa e delle questioni pregiudiziali proposte quali ragioni per una trattazione parallela*
- § 3. *Azioni collettive e campo di applicazione della disciplina comunitaria in materia di servizi*
- § 4. *L'effetto diretto orizzontale delle disposizioni in materia di libera prestazioni di servizi e di libertà di stabilimento.*
- § 5. *L'esistenza di una restrizione alla libera circolazione*
- § 6. *La giustificazione dell'azione collettiva: il riconoscimento del diritto di sciopero come diritto fondamentale*
- § 7. *La tutela del lavoro come esigenza imperativa*
- § 8. *La valutazione di proporzionalità: la finalità delle azioni sindacali*
 - a) *Le funzioni dell'azione sindacale nel caso Viking*
 - b) *Protezione dei lavoratori distaccati e lotta al dumping nel caso Laval*

SEZIONE III. Laval e Viking: incidente di percorso o nuovo filone giurisprudenziale?

- § 1. *I Risultati del bilanciamento tra strumenti del mercato e finalità sociali alla luce della giurisprudenza*
- § 2. *Quanti indizi fanno una prova? Libera circolazione e diritto di negoziazione collettiva*
 - a) *La causa Ruffert*
 - b) *La causa Commissione c. Lussemburgo*
 - c) *La causa Commissione c. Germania*
- § 3. *Frattura o bilanciamento tra economia di mercato e modello sociale? Dove non può il legislatore, arriva la Corte.*

Capitolo II. Oltre il Trattato di Lisbona, verso un nuovo approccio al conflitto tra mercato europeo dei servizi e politiche sociali

SEZIONE I. Libertà di circolazione e diritti fondamentali

§ 1. Il ruolo dei diritti fondamentali nel processo europeo di integrazione: da limite esterno a principio interno che può giustificare una restrizione

§ 2. La complessa relazione tra diritti fondamentali e mercato interno: ipotesi di conflitto ed inattese alleanze

§ 3. Il carattere fondamentale di diritti e libertà: alla ricerca di una conciliazione non gerarchica

§ 4. Il bilanciamento in concreto alla luce del test di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria: le sentenze Schmidberger ed Omega

SEZIONE II. Il bilanciamento tra mercato interno e politica sociale nel diritto primario

§ 1. La dimensione sociale delle competenze comunitarie: dalla “frigidità” al modello sociale europeo

§ 2. L'anima sociale del Trattato di Lisbona tra novità sostanziali e dichiarazioni formali:

a) Le novità in materia di protezione dei diritti fondamentali: dalla Carta all'adesione alla CEDU

b) La solidarietà tra i valori e gli obiettivi generali dell'UE: la creazione di una “economia sociale di mercato altamente competitiva”

c) La clausola sociale orizzontale

§ 3. Il Trattato di Lisbona come strumento di sintesi e contemperamento delle diverse finalità comunitarie

SEZIONE III. Gli effetti del Trattato di Lisbona sul bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali

§ 1. Il ripensamento dell'approccio al bilanciamento alla luce del nuovo quadro giuridico

§ 2. Le dissenting opinions di taluni avvocati generali: suggerimenti inascoltati.

§ 3. Verso il superamento dell'integrazione negativa: primi segnali di risveglio del legislatore

§ 4. Dalla Corte al legislatore: influenza della giurisprudenza in materia di distacco e bilanciamento sui nuovi sviluppi normativi

a) La proposta di direttiva concernente l'applicazione della direttiva sul distacco

b) La proposta di regolamento sull'esercizio di azioni collettive nel quadro del mercato interno

Conclusioni

Bibliografia

Introduzione

Premessa metodologica. Tra solidarietà e competitività: l'approccio comunitario all'economia sociale di mercato nell'ambito della libera circolazione di servizi.

Il Trattato di Lisbona¹ (articolo 3, paragrafo 3 del TUE), così come faceva la Costituzione europea² (articolo I-3, paragrafo 3 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa), pone tra gli obiettivi principali dell'Unione europea³ l'ambiziosa volontà di costruire una "*economia sociale di mercato fortemente competitiva*"⁴. Tale nozione, elaborata dalla teoria ordoliberalista⁵ per esprimere la sintesi tra finalità economiche ed obiettivi sociali, inserita nel lessico giuridico comunitario, sebbene indubbiamente astratta, assume un alto valore simbolico.

L'interdipendenza tra ordine economico e sociale comporta, secondo la dottrina ordoliberalista, che le misure economiche non pregiudichino gli obiettivi sociali e, di riflesso, che le politiche di solidarietà non alterino i meccanismi di mercato. Seppure l'ordine sociale abbia astrattamente il primato sul sistema economico in termini di finalità, quest'ultimo, a sua volta, va ritenuto prioritario

¹ Il Trattato di Lisbona modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituiva la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 (GU C 306 del 17 dicembre 2007, di seguito il "Trattato") ed entrato in vigore nel dicembre 2009, ha modificato, senza sostituirli, i due Trattati fondamentali: il Trattato sull'Unione europea (di seguito "TUE") ed il Trattato istitutivo della Comunità europea (di seguito "TCE"), rinominato, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, del Trattato di Lisbona, "Trattato sul funzionamento dell'Unione europea" (di seguito "TFUE"). I testi di riferimento della ricerca sono le versioni consolidate del TUE e del TFUE pubblicate sulla GU C 83 del 30 marzo 2010.

² Il testo del Trattato che stabilisce una Costituzione per l'Europa è stato firmato a Roma il 29 ottobre 2004 e pubblicato nella GU C 310 del 16 dicembre 2004.

³ Ai sensi dell'articolo 1 TUE "*L'Unione sostituisce e succede alla Comunità europea*". Utilizzeremo di conseguenza il termine "Comunità" (anche "CE") esclusivamente in riferimento al passato ed invece la nozione di "Unione" (anche "UE") per il presente ed il futuro. Tuttavia, per ragioni stilistiche e per evitare ripetizioni, l'aggettivo "comunitario" continuerà ad essere utilizzato anche per designare le istituzioni e l'ordinamento giuridico dell'Unione europea.

⁴ Articolo 2 del TUE, terzo paragrafo, dove la ricerca di un equilibrio tra le due anime dell'Unione è ben riassunto nella formula "*economia sociale di mercato*".

⁵ L'origine del concetto di economia sociale mercato ("*Soziale Marktwirtschaft*") si è sviluppata negli anni trenta del secolo scorso nell'ambito della scuola di Friburgo. Gli economisti tedeschi che ne facevano parte (tra cui in particolare *Walter Eucken, Wilhelm Röpke* ed *Alfred Müller-Armack*), evidenziando il valore strumentale delle libertà economiche e di mercato e la loro capacità di contribuire alla creazione di un ordine sociale sostenibile ed all'innalzamento del benessere dei cittadini, hanno sviluppato una dottrina astratta nominata *Ordoliberalismo*, di cui l'economia sociale di mercato rappresenta una flessibile forma di applicazione pratica. L'*Ordoliberalismo* è innanzitutto, come suggerisce il nome, un liberalismo atipico, che tutela la libertà economica e che si affida all'iniziativa individuale ed ai meccanismi di mercato, avente come principi costitutivi la proprietà privata, il libero accesso al mercato e la stabilità della moneta, ma che allo stesso tempo rimanda altresì ad una concezione dell'ordine sociale ideale basata sui valori fondamentali dell'uomo. In tal senso questa dottrina vorrebbe rappresentare una terza via tra liberalismo puramente individualista e pianificazione collettivista, opponendosi, da un lato, ad ogni forma di socialismo, pianificazione e dirigismo e smarcandosi contemporaneamente, dall'altro, da posizioni favorevoli ad una autoregolamentazione del mercato e dalle conseguenze negative in termini economici e sociali di una libertà senza regole o limiti.

rispetto alla politica sociale sul piano dei mezzi⁶.

Trasposto nel contesto europeo questo approccio può essere interpretato nel senso che il mercato interno⁷ non è un fine in sé del processo di integrazione comunitaria, ma costituisce meramente uno strumento per raggiungere finalità aventi piuttosto natura politica e sociale⁸.

In effetti la creazione delle Comunità europee era stata incentrata attorno all'obiettivo della realizzazione di un mercato unico e dell'instaurazione di un regime di concorrenza non falsata al fine di, in una prima fase, finanziare la ricostruzione postbellica, ed, in seguito, rilanciare l'economia dei Paesi membri, stimolando la crescita delle imprese e la ripresa dell'occupazione⁹. La costruzione di un mercato unico in cui i fattori di produzione (merci, persone, servizi e capitali) potessero circolare liberamente era al centro del processo di integrazione comunitario profetizzato dai padri fondatori, che ritenevano che questa unificazione tra le popolazioni europee prima di diventare politica o sociale, avrebbe dovuto basarsi su criteri comuni di carattere economico¹⁰.

Alla luce di tale approccio competitività economica e mercato erano ritenuti avere un valore servente rispetto al raggiungimento di valori superiori associabili ai bisogni primari dei cittadini europei. Su un piano pratico quindi la concorrenza ed il mercato, nonostante la posizione di priorità formalmente loro attribuita dai Trattati, non costituivano di per sé una finalità, ma, secondo un approccio funzionalista, meri strumenti di crescita per promuovere la giustizia e l'equità sociale.

⁶ Sull'influenza esercitata dal modello *ordoliberal* sui Trattati originari ed in genere sul processo di integrazione economica tramite i mercati cfr. DEAKIN S., *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy*, in BRUUN N.-LORCHER K.-SCHOMANN I., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, p. 21

⁷ Nel corso del testo verranno indifferentemente utilizzate, con significato sostanzialmente equivalente, le espressioni "mercato interno", "mercato comune" e "mercato unico". Si rammenti come definizione d'ordine generale che, ai sensi dell'articolo 26.2 TFUE, "*Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei Trattati*". Le suddette quattro libertà di circolazione dei fattori produttivi (merci, persone, servizi e capitali) saranno di volta in volta di seguito menzionate anche come "libertà fondamentali", "libertà economiche" e "libertà di mercato", in contrapposizione ai diritti fondamentali quali accolti nel Trattato, come principi generali dell'ordinamento giuridico comunitario (articolo 6 TUE), e riconosciuti nella Carta europea dei diritti fondamentali (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, GU C 83 del 30 marzo 2010, di seguito talvolta "CEDF").

⁸ La stessa teoria sviluppata in seno alla dottrina dell'economia sociale di mercato ai sensi della quale il progresso economico costituisce un mezzo per costruire una società più coerente con le aspirazioni umane presenta forti somiglianze con l'approccio funzionalista che aveva ispirato l'apertura dei mercati e la politica di concorrenza come strumenti per realizzare gli obiettivi fissati dai Trattati e più generalmente per creare una concreta integrazione politica e sociale tra i popoli d'Europa (secondo il suo preambolo, il Trattato di Roma intendeva in particolare "*porre le fondamenta di un'unione sempre più stretta fra i popoli europei*").

⁹ Tornando alla genesi del processo di integrazione tra Stati membri, la stessa Comunità del carbone e dell'acciaio, che rappresentava il nucleo embrionale dell'attuale Unione europea, all'atto del suo concepimento si fondava già di per sé sull'idea di condividere talune risorse naturali comuni, preconizzando *in nuce* la futura creazione di meccanismi di solidarietà tra gli Stati membri.

¹⁰ "*La realizzazione del mercato comune era prefigurata all'articolo 2 del Trattato di Roma come lo strumento, assieme al graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, atto a [...] a perseguire, più in generale, i compiti della Comunità enunciati allo stesso articolo 2.*" (TESAURO G., *Il diritto dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2010, p. 392). Nello stesso senso "*La disciplina del mercato interno, in definitiva, nonché le politiche che vi si riconducono, costituiscono il nucleo centrale di un ordinamento articolato e tendenzialmente completo, nel cui ambito trovano riconoscimento non soltanto le libertà economiche fondamentali (libertà di concorrenza e libertà degli scambi), ma anche l'insieme delle istanze (tutela e promozione del lavoro, delle donne e dei giovani, dell'ambiente, della cultura, delle aeree sfavorite) che sono patrimonio comune e caratteristico delle moderne democrazie*" (p. 394).

In tal senso, l'originario articolo 117 TCE in materia di politica sociale, sottolineando la necessità di garantire il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera, prevedeva che tale evoluzione avrebbe dovuto progressivamente risultare dal funzionamento del mercato unico. Questa fiducia nella forza dei meccanismi di mercato derivava dalla convinzione che l'esercizio delle libertà di circolazione all'interno di uno spazio economico senza frontiere interne avrebbe dovuto indirettamente promuovere l'armonizzazione dei sistemi sociali esistenti nei diversi Paesi membri¹¹. Nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario la finalità di stabilire un'economia di mercato fortemente competitiva è stata quindi inizialmente perseguita attraverso la rimozione delle strutture monopolistiche, la limitazione dell'intervento pubblico sull'economia, la creazione di una concorrenza non falsata tra imprese, la liberalizzazione e la privatizzazione di alcuni servizi pubblici, l'abolizione dei dazi doganali alle frontiere interne e più generalmente d'ogni ostacolo al commercio transfrontaliero e d'ogni altra restrizione che impediva la libera circolazione dei fattori di produzione.

Dalle sue radici tale processo risulta quindi fondato sulla creazione di un mercato unico che ha gettato le basi per la liberalizzazione e l'apertura dei singoli mercati nazionali degli Stati membri. Tuttavia, quest'integrazione economica che le istituzioni europee hanno originariamente perseguito, seguendo l'approccio della teoria dell'economia sociale di mercato, dovrebbe dimostrarsi altresì capace di preservare l'equità e la giustizia sociale. Parallelamente al completamento, ancora *in itinere*, del mercato unico è inoltre gradualmente emersa la consapevolezza, a livello politico presso le istituzioni europee, della necessità di affrontare anche in un contesto sovranazionale le questioni sociali, non solo indirettamente, ma anche tramite strumenti di coordinamento e di armonizzazione minima.

Finalità della ricerca e Piano dell'opera

La nostra trattazione intende esaminare l'impatto della circolazione transfrontaliera dei servizi in ambito comunitario sul bilanciamento tra regole di mercato e politiche di solidarietà.

L'analisi di questa tensione costituisce il punto di partenza per una riflessione più ampia che si propone di comprendere se l'ambiziosa volontà di creare un'economia sociale di mercato possa essere conciliata con la libera circolazione dei prestatori di servizi o se al contrario la funzione del mercato, in quanto strumento di promozione dei fattori economici, si limiti invece a garantire la sola competitività. L'idea fondamentale del progetto consiste a definire, tramite diversi approcci, come la conciliazione tra solidarietà e competitività e, più generalmente, tra esigenze di protezione sociale degli Stati membri e tradizionali competenze dell'Unione europea nell'ambito del mercato comune,

¹¹ In questo senso anche GIUBBONI S., *Social rights and Market freedoms in the European Constitution: A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, 2007, p. 16.

possa operare nel settore dei servizi.

L'apporto dell'instaurazione di un mercato unico dei servizi in termini di competitività risulta incontestabile. La creazione di uno spazio commerciale senza barriere interne, l'integrazione delle economie nazionali, l'apertura delle frontiere, la rimozione di ogni ostacolo alla circolazione dei fattori produttivi e la progressiva liberalizzazione delle industrie di rete vanno certamente annoverati tra i principali motori di crescita in Europa, in termini di occupazione e di prodotto interno lordo¹², contribuendo di riflesso al miglioramento del potere d'acquisto e del benessere dei cittadini comunitari.

Tuttavia, un mercato dei servizi senza frontiere ed in costante espansione in senso transfrontaliero ha indubbiamente effetti non trascurabili sul piano sociale. In questo senso la necessità di conciliare solidarietà e competitività alla base del concetto di economia sociale di mercato dovrebbe garantire che l'applicazione della disciplina delle libertà di circolazione e del diritto della concorrenza non pregiudichi gli standard sociali degli Stati membri in materia di occupazione e di lavoro.

Si intende quindi in tal senso esplorare il rapporto tra libera circolazione dei servizi nel mercato interno europeo e necessità di proteggere e salvaguardare i diritti sociali fondamentali dei lavoratori. Il rinnovato accento comunitario sulla dimensione solidale dell'Unione dovrebbe promuovere una convivenza armoniosa tra un'integrazione europea di carattere principalmente economico ed i residui spazi di intervento statale venati di considerazioni e finalità sociali in nome dell'interesse generale. Il funzionamento del mercato deve, infatti, trovare taluni limiti nelle esigenze di solidarietà espresse soprattutto a livello nazionale. Grazie all'analisi che si svolgerà sarà dunque possibile evidenziare i potenziali effetti della costruzione di un mercato interno dei servizi sul diritto del lavoro consolidatesi nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

Prima di analizzare cause ed effetti del potenziale conflitto tra solidarietà e competitività nell'ambito del mercato europeo dei servizi risulta necessario fornire un panorama del quadro normativo applicabile agli operatori economici che intendano fornire a titolo temporaneo una prestazione in uno Stato membro diverso da quello di stabilimento. Nell'ambito di tale disamina, dedicata alle fonti conflittuali del diritto europeo applicabili ai prestatori di servizi, saranno dunque oggetto di trattazione le condizioni che devono rispettare gli operatori per fornire i propri servizi in senso transfrontaliero (**Parte I**).

Solo dopo aver fornito nella prima parte della trattazione gli strumenti giuridici che permettono di individuare la normativa applicabile a chi intenda esercitare un'attività in uno Stato membro diverso

¹² "L'economia dei servizi è un settore fondamentale per la ripresa economica dell'Europa. Rappresenta oltre il 70% di tutti i posti di lavoro e di tutta la creazione netta di occupazione nel mercato unico. Un mercato unico dei servizi che funziona correttamente consentirà ai cittadini e alle imprese, in particolare le PMI, di trarre vantaggio dai suoi punti di forza, fornendo loro servizi di migliore qualità a prezzi e su mercati più competitivi" (Comunicazione della Commissione Verso un atto per il mercato unico – per un'economia sociale di mercato altamente competitiva, 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato, Com (2010) 608, 11.11.2010).

da quello di origine, potremo quindi, in una seconda fase, dedicarci alla valutazione delle conseguenze sul piano delle tutele sociali che la circolazione dei servizi all'interno del mercato comunitario può ingenerare nei confronti dei lavoratori locali (**Parte II**).

Parte I: La disciplina applicabile ai prestatori di servizi in un regime di competitività

Affronteremo la questione delle condizioni di esercizio di una attività di servizi quali disciplinate dal Trattato, dalla legislazione di diritto derivato e dalla giurisprudenza in modo critico, cercando di sottolineare gli aspetti conflittuali dell'esercizio della libertà di circolazione da parte dei fornitori di servizi. Di conseguenza tratteremo altresì la problematica dei limiti che gli Stati membri possono opporre alla libera prestazione dei servizi, della disciplina giuridica generalmente applicabile agli operatori economici che intendano fornire i propri servizi in senso transfrontaliero ed in particolare degli strumenti introdotti dalla direttiva servizi¹³ e dalla direttiva sul distacco¹⁴ per bilanciare tale tensione tra l'espansione delle competenze comunitarie ed i residui poteri di azione degli Stati membri.

Il tema centrale di tale prima fase della ricerca sarà rappresentato dalla teoria dell'accesso al mercato (o del regime di circolazione) al fine di accertare quale legge nazionale verrà applicata al fornitore di servizi che esercita occasionalmente la propria attività sul territorio di uno Stato membro diverso da quello di stabilimento. In assenza d'integrazione positiva nel settore, dal momento che l'Unione non ha armonizzato la disciplina applicabile al prestatore transfrontaliero, con conseguente rischio di frammentazione giuridica della regolamentazione nei differenti sistemi legislativi nazionali, la definizione del regime di circolazione del servizio può realizzarsi secondo due modelli concorrenti ed alternativi. Secondo la regola del Paese di accogliimento (sistema di *Host State Control*) l'accesso al mercato da parte dei prestatori transfrontalieri di servizi deve essere disciplinato dalle disposizioni previste dal Paese di destinazione. Secondo il principio del Paese di origine (regime di *Home State Control*) trova al contrario applicazione la legislazione del Paese di provenienza del prestatore. In tale contesto cercheremo di accertare se lo Stato membro di accogliimento (di seguito anche “di destinazione del servizio” oppure “di esecuzione della prestazione” o anche “ospitante”) possa, o meno, imporre determinate condizioni per disciplinare l'ingresso sul proprio territorio degli operatori economici che provengono da un altro Stato membro (il “Paese di origine” o “di provenienza” o “di primo stabilimento” del prestatore).

In termini di certezza giuridica, bisogna quindi chiedersi se il prestatore transfrontaliero di servizi

¹³ Direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in GU L 376 del 27 dicembre 2006.

¹⁴ Direttiva 96/71 CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, in GU L 18 del 21 gennaio 1997.

debba limitarsi a rispettare la normativa del proprio Paese di origine, che già disciplina abitualmente la sua attività nello Stato ove fornisce in genere le proprie prestazioni, o se dovrà al contrario adattarsi alla legislazione del Paese membro ove ha intenzione di fornire i propri servizi a titolo occasionale.

Per rispondere a tale questione si tenterà quindi di individuare un approccio maggioritario tra i due modelli del Principio del Paese di origine e del Paese di destinazione, analizzando gli strumenti previsti dai Trattati, cercando conferme nei suggerimenti contenuti nella giurisprudenza della Corte di giustizia e trovando infine nuove ed originali soluzioni nella disciplina di diritto derivato .

A tal fine, sarà proposta una sommaria analisi della graduale evoluzione della libertà fondamentale che disciplina in ambito europeo la circolazione dei servizi. In tale contesto ci soffermeremo innanzitutto su una classica disamina delle disposizioni del diritto primario dedicate alla libera prestazione dei servizi. Tratteremo in tale ambito la giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha definito il campo di applicazione della libera prestazione, precisando la portata della nozione di servizio ed i soggetti beneficiari di tale libertà di circolazione ed ha gradualmente sancito l'effetto diretto dei principi generali stabiliti dai Trattati. Analizzeremo di seguito la distinzione tra le modalità di esercizio della libera prestazione di servizi rispetto alla libertà di stabilimento, e più generalmente, rispetto alle altre libertà fondamentali di circolazione.

La rigidità dell'affermazione della clausola di libera prestazione e del divieto di ostacoli alla circolazione transfrontaliera dei servizi può essere attenuata tramite le deroghe previste dai Trattati e le eccezioni individuate dalla giurisprudenza comunitaria. Lo Stato membro ospitante può limitare gli effetti delle libertà economiche fondamentali ogni qualvolta vi sia un interesse pubblico preponderante che giustifica una restrizione alla circolazione nel mercato interno. Una prima soluzione al problema dell'identificazione del regime applicabile ai prestatori transfrontalieri di servizi potrà quindi trovarsi nei principi generali individuati dalla Corte di giustizia per garantire l'effettività della libera prestazione e per limitare la capacità dello Stato membro ospitante di ostacolare la circolazione dei servizi.

Nel quadro invece della valutazione della normativa di diritto derivato in materia di servizi concentreremo la nostra attenzione su un'analisi descrittiva di due strumenti orizzontali, la direttiva servizi e la direttiva sul distacco, che tramite un approccio trasversale (in opposizione ad una armonizzazione settoriale), hanno cercato di trovare un compromesso nella tensione tra regole del mercato (espressione dell'ordinamento sovranazionale) ed esigenze di solidarietà sociale (radicate nei sistemi giuridici nazionali).

La panoramica svolta nella prima parte della ricerca in merito al quadro normativo di diritto primario e derivato che disciplina i servizi ed alla relativa applicazione pratica fornita dalla Corte di Giustizia ci permetterà di individuare il regime nazionale applicabile ai prestatori transfrontalieri, fornendoci quindi gli strumenti giuridici necessari per esaminare gli effetti sociali della libera circolazione delle attività autonome sul mercato del lavoro dello Stato membro ospitante.

L'esercizio della libertà di circolazione in senso transfrontaliero da parte dei prestatori di servizi non deve arrecare pregiudizio all'attività degli operatori nazionali dello Stato ospitante, onde evitare qualsiasi situazione di *dumping* sociale¹⁵ e di concorrenza al ribasso nelle tutele dei lavoratori che potrebbe ingenerarsi in seguito ad una applicazione integrale del principio del paese d'origine.

Dopo aver individuato il quadro normativo applicabile all'attività di servizi transfrontaliera ci si propone quindi di trattare i casi ove la libera prestazione di servizi, quale esigenza prioritaria del mercato, ha costituito un limite alla tutela dei diritti sociali, esprimendo in termini pratici la tensione tra competitività e solidarietà che costituisce genericamente l'oggetto dell'intera ricerca.

Le contraddizioni tra un'integrazione economica attuata tramite la disciplina delle libertà di mercato e la realizzazione di una "economia sociale di mercato" a livello europeo sono evidenti nelle sentenze della Corte di giustizia che, nell'attuazione pratica di tale complesso equilibrio astratto, sembrano, almeno in apparenza, aver subordinato l'esercizio dei diritti sociali (nello specifico di sciopero, d'azione sindacale e di negoziazione collettiva) alla libertà di prestazione dei servizi ed alla libertà di stabilimento. In tale contesto tenteremo di dimostrare come tale conflitto tra mercato e solidarietà, pur riflettendo il sistema di valori e principi di cui è espressione l'ordinamento giuridico comunitario, dovrebbe essere ricomposto in senso non gerarchico in linea con l'approccio proporzionato adottato dalla Corte di giustizia nel bilanciamento tra diritti fondamentali della persona e libertà economiche di circolazione.

Ugualmente la stessa adozione del Trattato di Lisbona impone un ripensamento della conciliazione tra mercato e solidarietà, correggendo la sintesi sbilanciata operata dal giudice comunitario

¹⁵ In base al *Rapport d'information de M. Gaëtan Gorce, au nom de la délégation pour l'Union européenne, sur le dumping social européen*, n° 2423 (25 mai 2000), p. 10, per *dumping* sociale deve intendersi "toute pratique consistant, pour un Etat ou une entreprise, à violer, à contourner ou à dégrader, de façon plus ou moins délibérée, le droit social en vigueur – qu'il soit national, communautaire ou international – afin d'en tirer un avantage économique, notamment en termes de compétitivité". Tale nozione sviluppatasi all'origine con riferimento alle merci (cfr. Articolo VI GATT 1994) può facilmente estendersi alle "prestazioni di servizi transfrontalieri in cui le imprese utilizzano manodopera meno costosa di quella locale" ovvero, ancora alla "delocalizzazione della produzione in ambiti, caratterizzati da livelli remunerativi e regimi normativi più favorevoli" (PESSI R., *Dumping sociale e diritto del lavoro*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, n. 3, Dicembre 2011, p. 617, ove l'autore sostanzialmente sottolinea come "l'elemento da cui deriva il fenomeno pare, in ultima analisi, rappresentato dalle differenze di regolamentazione sociale proprie dei singoli ordinamenti che, di converso, determinano (direttamente o indirettamente) diversità di costi del fattore lavoro", identificandosi "la matrice del dumping sociale proprio nell'utilizzo (rectius nello sfruttamento) da parte delle imprese di tali differenze per localizzare e distribuire le relative attività produttive e commerciali").

coerentemente con il nuovo sistema di valori delineato nel diritto primario. Il Trattato di Lisbona segna, infatti, una svolta nel percorso di creazione d'una Europa solidale, formalizzando la volontà di aggiungere una dimensione sociale¹⁶ ad uno spazio doganale senza frontiere meramente basato sulla libera circolazione dei fattori produttivi e su una concorrenza non falsata. L'inserimento della nozione di economia sociale di mercato tra i principali obiettivi dell'Unione europea obbliga le istituzioni comunitarie ad un approccio più olistico degli effetti del mercato unico. Questa interpretazione sembra essere confermata dall'introduzione di una clausola sociale orizzontale che richiede appunto che l'UE prenda in considerazione le implicazioni e le conseguenze sul piano sociale di tutte le sue azioni e politiche, comprese quelle svolte nell'ambito del mercato all'interno. In tal senso la stessa Carta dei diritti fondamentali, che è divenuta vincolante a seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona, ribadisce a sua volta una serie di diritti economici e sociali che potranno sicuramente influenzare le azioni e le politiche delle istituzioni europee.

La giurisprudenza sul bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche e la rigida applicazione della direttiva sul distacco paiono quindi aver provocato una frattura nella conciliazione tra solidarietà e mercato, che è stata peraltro evidenziata nelle opinioni di taluni avvocati generali e confermata dalla stessa Commissione europea nelle comunicazioni adottate a tal riguardo. L'effetto positivo dell'approccio sbilanciato operato dalla Corte di giustizia può tuttavia ravvisarsi nell'aver obbligato il legislatore ad attivarsi, proponendo recentemente una nuova normativa che dovrebbe contribuire a sanare, o perlomeno attenuare, gli effetti di tale contrasto.

¹⁶ In questo senso RODRIGUES S., *Les services sociaux et de santé d'intérêt général: droits fondamentaux versus marché intérieur?*, Collectif SSIG, Editions Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 71, ove si evidenzia con forza l'esigenza, ormai improrogabile, di "ajouter à partir d'un socle politique un socle social".

Parte I: Il regime giuridico conflittuale del diritto europeo dei servizi in una economia di mercato

La creazione di un mercato unico dei servizi a livello europeo si è scontrata con la naturale tendenza degli Stati membri ospitanti ad applicare la relativa legislazione nazionale ai soggetti, siano imprese o persone fisiche, che operano, a titoli diversi, sul proprio territorio¹⁷. In senso opposto l'operatore economico transfrontaliero preferirebbe, per esercitare legittimamente la propria attività, non esser costretto a dimostrare la propria conformità con l'insieme delle regole tecnico-professionali del Paese di destinazione, che possono spesso costituire una duplicazione di requisiti già preventivamente adempiuti nello Stato di stabilimento.

Esaminando il regime di circolazione del servizio dal punto di vista dell'operatore economico che lo offre, risulta problematico definire quale sia la legislazione nazionale applicabile al prestatore transfrontaliero nel caso, classico ed unico esplicitamente previsto dai Trattati, ove sia quest'ultimo a spostarsi in un Paese membro diverso da quello di stabilimento per esercitare la propria attività. Il medesimo conflitto normativo non pare infatti porsi nella diversa opzione, di creazione giurisprudenziale, ove sia il destinatario del servizio a circolare sul territorio comunitario per usufruire della prestazione, in quanto in tal caso l'attività dell'operatore economico, pur avendo natura transazionale, rimane regolata dalla disciplina del Paese membro di stabilimento.

In assenza di un sistema di armonizzazione che permetta un'integrazione positiva, e nell'ambito quindi del modello di integrazione meramente negativa, si collocano le teorie imperniate sul concetto di *market access*¹⁸: lo Stato membro ospitante (o di destinazione del servizio o di esecuzione della prestazione) ha facoltà di limitare o impedire l'accesso sul proprio territorio ad operatori economici provenienti da un altro Stato membro (il Paese di origine o di provenienza o di primo stabilimento).

In tale contesto, per la definizione del regime di circolazione del servizio, sono individuabili due modelli concorrenti e sostanzialmente speculari. Un primo modello di *host state control*, ove l'accesso al mercato domestico avviene nel rispetto delle norme, procedurali e sostanziali, proprie dello Stato di destinazione del servizio. Un secondo modello di *home state control* prevede invece l'accesso al mercato secondo le regole fissate dal Paese di origine. Entrambi i modelli, costituendo

¹⁷ CHALMERS D., MONTI G., DAVIES G, *European Union law*, Cambridge, 2010, p. 785.

¹⁸ In merito alla portata di tale nozione nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario v. SNELL J., *The notion of market access: a concept or a slogan?*, in *Common Market Law Review*, (2010) 47, pp. 437-472.

varianti di competenze regolative decentrate in capo alle autorità nazionali, mantengono la sussistenza di tanti regimi giuridici differenti quanti sono gli Stati membri. Il superamento di tale frammentazione dei sistemi giuridici nazionali e dell'eterogeneità dei relativi sistemi di accesso può raggiungersi solo tramite un'integrazione positiva. Un *controllo sovranazionale* tramite la tecnica dell'armonizzazione costituisce infatti un terzo modello alternativo a quelli proposti che potrebbe garantire la realizzazione di un mercato unico dotato di un proprio ed autonomo assetto normativo¹⁹.

Data la difficoltà, allo stato attuale del processo europeo di integrazione, di formalizzare una volontà comune degli Stati membri favorevole ad una armonizzazione generale ed incondizionata, risulta necessario individuare il regime di circolazione del servizio sulla base dei due modelli concorrenti di monopolio statale.

Il prestatore che svolga, a titolo temporaneo, un'attività di servizi in uno Stato membro diverso da quello ove è solito operare, sarà quindi da considerarsi soggetto alla disciplina giuridica del Paese di originario stabilimento da lui conosciuta e abitualmente rispettata (*home state control*) oppure dovrà invece adattarsi alla normativa applicata nello Stato membro ove intende occasionalmente offrire i propri servizi alle stesse condizioni ivi previste per gli operatori nazionali che svolgono la medesima attività (*host state control*)?

Diverse soluzioni sono state progressivamente proposte, in ambito comunitario, e prima ancora internazional-privatistico²⁰, al fine di determinare il regime giuridico applicabile al prestatore di servizi che abbia varcato un ambito di operatività meramente nazionale. La disamina delle differenti combinazioni adottate nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, sia nel quadro giuridico di diritto primario (**Capitolo I**), come nella legislazione derivata (**Capitolo II**), permette, anche tramite l'apporto della giurisprudenza comunitaria, di distinguere, seppur in modo astratto ed apparentemente ipotetico, una preferenza, progressivamente affermata, per un determinato modello di accesso al mercato e per il relativo regime di circolazione applicabile.

¹⁹ Secondo tale impostazione BANO F., *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 70, che a sua volta, per l'approccio secondo il modello di *market access*, fa riferimento a BARNARD C. e DEAKIN S., *Market Access and Regulatory Competition*, Jean Monnet working paper n. 9.

²⁰ Quale regola generale lo stesso diritto internazionale dei contratti prevede che, in mancanza di una volontà comune delle parti, il contratto di prestazione di servizi sia disciplinato dalla legge del Paese nel quale il prestatore di servizi abbia la residenza abituale (articolo 4 del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, c.d. *Roma I*, in GU L 177 del 4.7.2008)

Capitolo I. Una disciplina giuridica comunitaria in favore del principio del Paese di origine.

Di seguito analizzeremo come la disciplina giuridica della libera prestazione dei servizi, quale delineata dai Trattati, ed in seguito interpretata dalla giurisprudenza comunitaria, sia sostanzialmente orientata a garantire a tale libertà un effetto espansivo verso l'integrazione dei mercati nazionali, favorendo l'esercizio della circolazione in senso transfrontaliero dei prestatori **(Sezione I)**.

L'effetto espansivo delle libertà di circolazione può essere parzialmente limitato dagli Stati membri che tendono generalmente ad applicare la propria normativa interna a chiunque si trovi sul proprio territorio nazionale, riaffermando così la propria sovranità su soggetti che operano in regime di libera prestazione dei servizi. Verrà quindi altresì descritto come gli Stati membri abbiano tentato di limitare l'estensione del diritto dell'Unione europea nei confronti dei rispettivi sistemi giuridici nazionali, salvaguardando la disciplina interna del Paese ospitante tramite le deroghe previste dai Trattati e le eccezioni individuate dalla giurisprudenza al funzionamento dei meccanismi del mercato interno **(Sezione II)**.

In tale contesto vedremo infine come sia la Corte di giustizia a regolare sostanzialmente l'accesso al mercato, ponendo diversi limiti alla capacità degli Stati membri di disciplinare l'esercizio di un'attività di servizi sul proprio territorio da parte di operatori economici provenienti da un altro Stato membro. La giurisprudenza comunitaria tende, infatti, a limitare l'applicazione della legge del Paese di destinazione del servizio in favore del principio del Paese di origine, interpretando in modo restrittivo le deroghe e le eccezioni alle libertà fondamentali tramite l'applicazione di taluni principi generali, quali il mutuo riconoscimento e l'equivalenza **(sezione III)**.

Sezione I. La portata estensiva della libera prestazione dei servizi ai sensi del diritto primario.

La libera prestazione dei servizi costituisce una delle libertà fondamentali sui cui si fonda il mercato interno e la sua capacità d'espansione negli ordinamenti giuridici nazionali è stata progressivamente definita dalla giurisprudenza comunitaria che ne ha precisato la nozione, il campo di applicazione, i limiti e la portata.

In questa prima sezione sarà nostro compito delineare, in base ai Trattati ed alla giurisprudenza comunitaria, la nozione di servizio (§ 1) ed i relativi elementi costitutivi che ne caratterizzano la prestazione in ambito comunitario (§ 2). Si descriveranno quindi i soggetti che possono beneficiare della libera prestazione, quali individuati dal diritto primario e dalla Corte di giustizia (§ 3). Di seguito si affronterà altresì la progressiva attribuzione d'efficacia diretta alla clausola di libera prestazione (§ 4) e la portata del divieto di restrizioni alla libera circolazione dei servizi, distinguendo tra le misure discriminatorie e le misure indistintamente applicabili che gli Stati membri possono adottare per ostacolare l'esercizio transfrontaliero di detta libertà (§ 5).

In tale contesto risulta altresì necessario definire la distinzione tra le modalità di esercizio della libera prestazione dei servizi rispetto all'esercizio delle altre fondamentali libertà di circolazione. La descrizione dell'identità e della natura della libera prestazione dei servizi non può dunque prescindere da una analisi degli elementi distintivi di tale libertà, che riveste carattere residuale e sussidiario, rispetto alla libera circolazione delle merci (§ 6), al diritto di stabilimento (§ 7) ed alla libera circolazione dei lavoratori (§ 8).

§ 1. La nozione di servizio: una accezione essenzialmente comunitaria

La realizzazione del mercato comune comporta la soppressione degli ostacoli alla circolazione transfrontaliera di merci, di persone, di servizi e di capitali²¹. In particolare le disposizioni relative alla circolazione delle persone sono finalizzate a garantire ai cittadini dell'Unione la facoltà di esercitare un'attività lavorativa di qualsiasi natura sull'intero territorio comunitario. La stessa nozione di persona nella formulazione originaria era da apprezzarsi principalmente secondo un'accezione economica che ne ascriveva la rilevanza e la relativa necessità di tutela a ragioni

²¹ In base alle caratteristiche dell'attività economica esercitata i Trattati prevedono un'autonoma disciplina: la libera circolazione dei lavoratori (articoli 45-48 TFUE) per il lavoro subordinato, la libertà di stabilimento (articoli 49-55 TFUE) per il lavoro autonomo localizzato in forma non temporanea nel territorio di un altro Stato membro e la libera prestazione dei servizi (articoli 56-62 TFUE) per l'attività esercitata occasionalmente in un Paese membro diverso da quello di stabilimento dell'operatore.

meramente funzionalistiche, in un'ottica di integrazione tra Stati membri²². La persona dunque è, perlomeno in principio, riconosciuta meritevole di protezione giuridica e beneficia di conseguenza della libertà di circolazione in quanto fattore di produzione economica, come dimostrano i primi due capi dedicati rispettivamente alla libera circolazione dei lavoratori subordinati (capo I) ed al diritto di stabilimento di quei soggetti che svolgano un'attività autonoma retribuita, ma non salariata (capo II)

La disciplina dei servizi è inserita all'interno del titolo IV del Trattato intitolato “*libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali*”. La dicitura stessa del titolo IV denota come i servizi meritino una menzione autonoma che li distingua dalle persone, poiché nel caso di questa libertà non è il soggetto che esegue la prestazione l'elemento caratterizzante il contenuto dell'attività economica, ma il servizio stesso in quanto tale disgiunto dalla persona che lo fornisce o che lo riceve²³.

La disciplina dei servizi (capo III) propone un elemento di discussione che permette di cogliere una prima diversità di fondo tra concezione nazionale e comunitaria del fattore lavoro: mentre l'approccio dei giuslavoristi sostiene l'interscambiabilità tra profilo oggettivo (il lavoro o la prestazione) e profilo soggettivo (il lavoratore o nel nostro caso il soggetto che esegue la prestazione), il legislatore ed il giudice comunitario, perlomeno nella prima fase del processo di integrazione europea, hanno preferito porre in evidenza l'aspetto puramente economico della prestazione con lo scopo di garantire la circolazione del servizio.

I servizi, nel rapporto con le altre libertà economiche fondamentali di circolazione, rivestono un carattere residuale²⁴. Tale carattere residuale non va tuttavia ravvisato come una definizione meramente negativa, significando piuttosto che quando una determinata attività economica ricade nell'ambito di applicazione della disciplina relativa alla libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali saranno queste disposizioni a dover trovare applicazione e non quelle, di natura complementare, relative alla libera prestazione dei servizi.

Dall'elencazione esemplificativa, ma comunque non tassativa, contenuta nell'articolo 57 TFUE, si ricava l'ampiezza della nozione di servizi accolta dal Trattato. Sono infatti da considerarsi ricomprese nel campo di applicazione della libera prestazione dei servizi attività di tipo industriale, commerciale, artigianale e delle libere professioni, suscettibili di tradursi nella produzione di beni materiali. Tale lista non presenta carattere esaustivo, avendo la Corte di giustizia esteso in via

²² La libertà di circolazione era stata tradizionalmente impostata dai padri fondatori, non in funzione della persona in quanto tale, ma piuttosto in quanto “*soggetto che esercita un'attività economicamente rilevante* (TESAURO G., op. cit., p. 476).

²³ Secondo questo approccio CONDINANZI M., LANG A., NASCIMBENE B., *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Brill, 2008.

²⁴ Ai sensi dell'articolo 57 TFUE che definisce la nozione di servizio, “*sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone*”.

giurisprudenziale la nozione di servizi ad altri settori e fattispecie non necessariamente riconducibili alle categorie previste dal diritto primario, quali le attività sportive²⁵, il turismo²⁶, la diffusione di programmi televisivi²⁷, i giochi di azzardo²⁸.

§ 2. Gli elementi costitutivi della prestazione comunitaria di servizi:

Il contenuto della prestazione di servizi in ambito comunitario può essere sinteticamente descritto nell'esercizio temporaneo (a) di un'attività economica non salariata (b) in ambito transnazionale (c). Appare utile a questo punto scomporre la nozione per esaminarne separatamente gli elementi costitutivi identificabili nel carattere transnazionale, temporaneo e indipendente della prestazione.

a) l'esercizio temporaneo...

La temporaneità costituisce il tratto discriminante tra libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi.

La Corte di giustizia, data la difficoltà interpretativa di una distinzione tra le due libertà fondata esclusivamente sul carattere temporaneo o stabile della prestazione, ha precisato, senza tuttavia offrire sufficienti garanzie in termini di certezza del diritto, come detta valutazione vada effettuata oltre che in funzione della durata del servizio, anche con riferimento alla sua frequenza (nel senso di regolarità), periodicità e continuità (da un punto di vista economico)²⁹. Allo stato attuale, nell'ambito del diritto primario, *“nessuna disposizione del Trattato consente di determinare, in termini astratti, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizi non può più essere considerata prestazione di servizi, di modo che la nozione di "servizio" ai sensi del Trattato può comprendere servizi di natura molto diversa, ivi compresi i servizi la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino di più anni*³⁰”. Pur non potendosi

²⁵ Con specifico riferimento al ciclismo v. CGUE, 12 dicembre 1974, C- 36/74, *Walrave*, al calcio v. CGUE, 15 dicembre 1995, C- 415/93, *Bosman*.

²⁶ Recentemente in materia di turismo e di accesso ai trattamenti sanitari del Paese di villeggiatura v. CGUE 15 giugno 2010, C-211/08, Commissione contro Spagna.

²⁷ V. CGUE 4 ottobre 2011, C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League Ltd.*

²⁸ Nella vasta giurisprudenza comunitaria in materia di *gambling ex multis* v. le recenti, CGUE, 30 giugno 2011, *Zeturf*, C-212/08 e CGUE, 8 settembre 2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*.

²⁹ CGUE, 30 Novembre 1995, C-55/94, *Gebhard*, ove il giudice comunitario ha avuto modo di osservare come *“il carattere temporaneo delle attività considerate dev'essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa”* (punto 27).

³⁰ CGUE, 10 maggio 2012, cause riunite da C-357/10 a C-359/10, *Duomo Gpa Srl e a.*, punto 32. Nello stesso senso il giudice comunitario ha dimostrato l'intenzione di ricomprendere nell'ambito della disciplina della libera circolazione dei servizi anche le attività la cui prestazione *“si estende per un periodo di tempo prolungato, persino più anni, come quando, ad esempio, avviene per i servizi forniti nell'ambito della costruzione di un grande edificio”* e *“le prestazioni che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisce in maniera più o meno frequente o regolare, anche per un periodo di tempo prolungato, a persone stabilite in uno o più altri Stati membri, come ad esempio l'attività di consulenza o di informazione offerta dietro retribuzione”* (CGUE, 11 dicembre 2003, C-215/01, *Schnitzer*; punto 30). Parimenti si rimane quindi nel campo di applicazione della libera prestazione dei servizi anche

dunque determinare in via generale il periodo di tempo che deve trascorrere per considerare l'attività esercitata come libero stabilimento piuttosto che libera prestazione, si è tuttavia ritenuto che un'attività svolta a titolo permanente o senza limiti di durata prevedibili non possa mai comunque rientrare nella disciplina relativa alla libera prestazione dei servizi³¹.

I giudici di Lussemburgo hanno inoltre sottolineato come l'esistenza sul luogo di esercizio dell'attività economica di elementi materiali utili o necessari all'esecuzione della prestazione a livello organizzativo o logistico possa costituire solo un fattore indiziario. La mera presenza sul territorio del Paese ospitante di una struttura minima (quale un ufficio o uno studio) non permette quindi di escludere che si rientri nell'alveo applicativo della libera prestazione dei servizi³². In tal situazione il confine tra le due libertà, di stabilimento e di prestazione dei servizi, pare assottigliarsi, non apparendo concretamente agevole effettuare una distinzione tra i casi ove l'operatore economico usufruisca di uno stabilimento secondario, piuttosto che di una semplice infrastruttura *meramente funzionale* nel contesto di una prestazione di servizi transfrontaliera³³.

b)...di un'attività economica indipendente...

L'attività esercitata dal prestatore di servizi deve avere natura economica reale ed effettiva, seppur derivante da un profitto indiretto ed indipendentemente dalla contestualità tra prestazione e pagamento del relativo corrispettivo. Si devono considerare come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione³⁴. Non risulta inoltre determinante che il compenso per la prestazione fornita sia versato direttamente da chi usufruisce del servizio, potendo al contrario essere pagato anche da un soggetto terzo, prescindendo la qualificazione dell'attività come servizio dalla coincidenza fra colui che è beneficiario della prestazione e colui che la retribuisce³⁵.

in caso di un prestatore stabilito in uno Stato membro che eserciti sì occasionalmente la propria attività sul territorio di un altro Stato membro, ma con cadenze regolari ed a frequenze stabilite e continue, come può accadere per taluni servizi di consulenza e di informazione.

³¹ CGUE, 7 settembre 2004, C-456/02, *Trojani*, punto 28.

³² In riferimento alla professione di avvocato (cfr. CGUE, 7 marzo 2002, C-145/99, Commissione c. Repubblica italiana, punto 22).

³³ In questo senso MASTROIANNI R., *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, in BESTAGNO F., RADICATI DI BROZOLO L.G. (a cura di), *Il mercato unico di servizi*, Milano, 2007, p. 8.

³⁴ In particolare che *“la caratteristica essenziale della retribuzione consiste nella circostanza che essa costituisce il corrispettivo economico della prestazione considerata”* (CGUE, 26 giugno 2003, *Skandia* cit., punto 23, ove la Corte ha avuto modo di precisare che i regimi di assicurazione volontaria o integrativa per la pensione di vecchiaia, in cui il corrispettivo è pagato con ampio anticipo rispetto alla meramente eventuale prestazione, costituiscono comunque servizi ai sensi del diritto comunitario).

³⁵ In tal senso si è ritenuto che le prestazioni mediche siano soggette alla disciplina in materia di servizi a prescindere dal fatto che siano coperte direttamente dal sistema sanitario o rientrino nel sistema previdenziale, e non siano di conseguenza pagate direttamente dal paziente. La Corte di giustizia ha specificato che una *“prestazione medica non perde la sua qualifica di prestazione di servizi ai sensi dell'articolo 49 CE per il fatto che il paziente, dopo aver retribuito il prestatore straniero per le cure ricevute, solleciti successivamente l'assunzione di tali cure da parte di un servizio sanitario nazionale”* (CGUE, 15 giugno 2010, C-211/08, Commissione/Spagna, punto 47). Nello stesso senso: CGUE, 16 maggio 2006, C-372/04, *Watts*, punti 86-89; CGUE, 19 aprile 2007, C-444/05, *Stamatelaki*, punti

La retribuzione costituisce il corrispettivo della prestazione convenuto tra prestatore e destinatario del servizio, ma deve al tempo stesso essere estranea a qualsiasi vincolo di subordinazione. Si tratta dunque di una prestazione di carattere autonomo (non salariata) fornita da un operatore economico, persona fisica o giuridica, al di fuori di un rapporto di lavoro subordinato e sotto la propria esclusiva responsabilità, e quindi non sotto la direzione di un datore di lavoro.

Sono invece da ritenersi esclusi dalla nozione comunitaria i servizi per cui non sia prevista alcun compenso o altro tipo di controprestazione economica³⁶ ed i servizi resi dallo Stato o più generalmente le attività poste in essere come parte integrante delle funzioni dello Stato oppure ancora finanziate dal bilancio pubblico³⁷.

Mentre risulta importante, ai fini della definizione di servizio, la ragione del pagamento da parte del destinatario (a titolo simbolico o caritatevole o all'opposto quale corrispettivo della prestazione), paiono non rilevare invece le motivazioni del fornitore (che potrebbe essere un agente commerciale, un ente di pubblico servizio o un'organizzazione senza finalità lucrative³⁸).

18-23; CGUE, 5 ottobre 2010, C-173/09, *Elchinov*, punto 36.

³⁶ In merito all'attività sportiva il giudice comunitario ha specificato che concretano un'attività economica retribuita che integra la nozione comunitaria di servizi anche le prestazioni fornite da atleti dilettanti che, sebbene non direttamente retribuiti, ricevono comunque un compenso legato all'attività svolta, ad esempio tramite sponsorizzazioni o campagne pubblicitarie (CGUE, 11 aprile 2000, C-51/96 e C-191/97, *Deliège*). In una decisione relativa ai controlli antidoping nel nuoto (CGUE, 30 settembre 2004, T-313/02, *Meca-Medina*) il giudice comunitario ha avuto modo di precisare in via generale che *“l'attività sportiva è disciplinata dal diritto comunitario solo in quanto sia configurabile come attività economica”* (punto 22) e di conseguenza solo *“quando un'attività sportiva riveste il carattere di una prestazione di lavoro subordinato o di una prestazione di servizi retribuita, come nel caso dell'attività degli sportivi professionisti o semiprofessionisti [...], essa ricade in particolare nell'ambito di applicazione degli articoli 39 CE e seguenti o degli articoli 49 CE e seguenti”* (punto 23). Nello specifico il Tribunale di prima istanza aveva ritenuto che la regolamentazione antidoping, controversa non concernendo l'aspetto economico dell'attività sportiva, esulasse dal campo di applicazione delle libertà di circolazione; la Corte ha invece stabilito che la natura puramente sportiva di un regolamento non può di per sé comportare la fuoriuscita automatica dall'ambito applicativo del diritto UE, dissociando l'operatività del regime delle libertà di circolazione rispetto alla disciplina in materia di concorrenza (CGUE, 18 luglio 2006, C-519/04, *Meca-Medina*). Per una critica in merito alla necessità di mantenere una nozione unitaria di attività economica comune a tutti i settori del diritto dell'UE si veda PRIETO C., *Libertés d'établissement et de prestation de services, Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance*, in *Revue Trimestrielle de droit européen*, 43/2007, p. 86.

³⁷ In particolare si è ritenuto che non rientri nella nozione comunitaria di servizio l'attività dello Stato volta a fornire determinati corsi nel quadro del sistema nazionale della pubblica istruzione, in quanto attività svolta non a fini di lucro, ma finalizzata ad una missione sociale ed educativa nei confronti della collettività, nonché finanziata dal bilancio pubblico e non dagli alunni o dai loro familiari. La Corte di giustizia ha tuttavia avuto altresì modo di precisare come non sia sufficiente che un'attività sia fornita dallo Stato, da un ente statale o da un'organizzazione senza fini di lucro, per escludere che l'attività esercitata integri la definizione di servizio: laddove i corsi siano, infatti, assimilabili nei fini ad un'attività commerciale e siano finanziati essenzialmente da contributi privati, non si potrebbe a priori escludere la loro riconducibilità alla nozione di servizio (CGUE, 7 dicembre 1993, C-109/92, *Wirth*, punto 17, ove si è precisato come nonostante la maggioranza degli istituti educativi siano finanziati tramite fondi pubblici, *“ne esistono non di meno altri, finanziati essenzialmente mediante fondi privati, segnatamente dagli studenti o dai loro genitori, il cui scopo è il perseguimento di un utile economico”* tramite l'offerta di un insegnamento che assume in tal caso le caratteristiche di una prestazione di servizi). A conferma v. anche CGUE, 11 settembre 2007, C-318/05, *Commissione c. Germania*, punti 68-76, ove la Corte ha ritenuto che l'insegnamento impartito da una scuola privata stabilita in uno Stato membro costituisca una prestazione fornita dietro retribuzione qualora sia essenzialmente finanziata da fondi privati.

³⁸ Così CHALMERS D., MONTI G., DAVIES G., op. cit., p. 791.

c)...che comporti l'attraversamento di una frontiera interna.

Relativamente al carattere transfrontaliero del servizio, l'attrazione nell'ambito applicativo della disciplina *ex* articolo 56 TFUE, deriva dal luogo di stabilimento del prestatore che deve essere necessariamente collocato in uno Stato membro diverso da quello del fruitore del servizio. Di conseguenza le situazioni puramente interne i cui elementi si esauriscano all'interno di unico Stato membro o che non presentano alcun collegamento con l'ordinamento giuridico comunitario sono escluse dall'ambito operativo di tale disposizione³⁹. Possono così verificarsi di discriminazioni al rovescio in quei casi ove agli operatori economici transfrontalieri che abbiano usufruito della libertà di circolazione sia riservato un trattamento giuridico più favorevole, in virtù del diritto comunitario, di quello concesso ai prestatori di servizi nazionali⁴⁰.

Nell'ambito della nozione comunitaria di prestazione di servizi sono individuate quattro diverse forme di mobilità⁴¹: la prima è individuabile in modo esplicito nel dettato normativo dell'articolo 57 TFUE che contempla espressamente l'ipotesi in cui sia il prestatore di servizi a spostarsi dallo Stato di stabilimento verso quello del destinatario della prestazione per esercitarvi temporaneamente la propria attività economica⁴².

³⁹ In merito al principio giurisprudenziale dell'inapplicabilità del diritto dell'Unione alle situazioni incidenti unicamente sugli scambi all'interno di un singolo Stato membro, dogma ormai da ritenersi superato in virtù della prepotente emersione del concetto di cittadinanza europea, v. BIONDI A., *Alla caccia dei limiti esterni della libera circolazione dei servizi*, in BESTAGNO F., RADICATI DI BROZOLO L.G. (a cura di), op. cit., pp. 75-79. L'autore pare rinvenire una possibile soluzione alla questione della definizione dei confini applicativi della libera prestazione dei servizi nella valutazione dell'incidenza della restrizione in termini di pregiudizio alla libera circolazione secondo un criterio qualitativo parzialmente mutuato da quello quantitativo *de minimis* previsto in materia di concorrenza.

⁴⁰ Un caso limite di prestazione di servizi a carattere transfrontaliero è ravvisabile nella celebre sentenza *Carpenter* nell'ambito della quale il giudice comunitario, dopo aver ribadito che l'esercizio del diritto alla libera prestazione dei servizi "può essere fatto valere da un prestatore di servizi nei confronti dello Stato in cui egli è stabilito, quando i servizi sono forniti a destinatari stabiliti in un altro Stato membro" (CGUE, 11 luglio 2002, C-60/00, *Carpenter*, punto 31) ha riconosciuto l'esistenza di una situazione rilevante ai fini del diritto comunitario anche nel caso di un provvedimento di espulsione che, sebbene riguardasse solo la moglie del prestatore, incideva negativamente sulla attività transnazionale di fornitura di servizi del consorte.

Particolarmente interessante è la situazione opposta delineatasi nel contesto della giurisprudenza *Cipolla* ove la Corte di giustizia pur qualificando il caso in esame come meramente interno e quindi estraneo al campo applicativo del diritto comunitario, ha suggerito alle autorità competenti degli Stati membri l'opportunità giuridica di estendere il trattamento più favorevole garantito al prestatore comunitario in virtù del diritto sovranazionale anche nei confronti dell'operatore economico nazionale in modo che non risulti inversamente discriminato (CGUE, 5 dicembre 2006, C-94/04 e C-202/04, *Cipolla*, punto 30). In dottrina si è sottolineato come, restando la disciplina sulle discriminazioni a rovescio d'esclusiva competenza delle autorità nazionali, tale presa di posizione adottata in punto di ricevibilità dei quesiti pregiudiziali rischi di ampliare a dismisura la sfera di intervento del giudice comunitario, a scapito dell'autonomia legislativa degli Stati membri nell'ambito di situazioni del tutto estranee al campo di applicazione del diritto comunitario (così MASTROIANNI R., op. cit., pp. 18-23).

⁴¹ Nel quadro dell'Accordo generale sul commercio di servizi (GATS) si distinguono altresì quattro diverse modalità di importazione/esportazione: nel primo caso il servizio attraversa la frontiera in modo classico come accadrebbe per un bene (consulenza trasmessa per via elettronica o servizio reso per telefono); nella seconda modalità il consumatore si sposta sul luogo di esecuzione della prestazione (turismo); nella terza ipotesi il prestatore si installa autonomamente all'estero tramite un investimento diretto (per tentare una comparazione con la nozione comunitaria si potrebbe far riferimento alla libertà di stabilimento esercitata tramite un movimento di capitali); infine si prevede uno spostamento temporaneo dell'operatore economico per svolgere l'attività di servizi.

⁴² Esempio classico è costituito dall'accettazione di un appalto da parte di un imprenditore in uno Stato membro diverso da quello ove è solito operare o anche dal libero professionista che si reca nel Paese del destinatario del servizio per effettuare la prestazione

La Corte di giustizia ha offerto un contributo importante in vista della realizzazione del mercato interno dei servizi, contemplando ulteriori ambiti applicativi della libera prestazione anche in casi non originariamente prospettati dal diritto primario. L'ipotesi opposta alla mobilità transfrontaliera "classica" prevista dal Trattato è rinvenibile implicitamente nella situazione in cui sia il beneficiario del servizio a spostarsi nello Stato di stabilimento dell'operatore economico per riceverne la prestazione alle stesse condizioni alle quali il servizio è offerto ai cittadini di quel Paese⁴³.

Un'ulteriore forma di mobilità è ravvisabile nel caso in cui entrambi i soggetti, prestatore e destinatario del servizio (provenienti da Stati membri differenti o entrambi stabiliti sullo stesso⁴⁴), si muovano contemporaneamente verso uno Stato membro diverso dal proprio sul cui territorio sarà eseguita la prestazione⁴⁵.

Infine il giudice comunitario ha ricondotto nel campo di applicazione dell'articolo 57 TFUE anche le ipotesi in cui sia solo il servizio a circolare, senza alcuno spostamento fisico da parte del fornitore e del beneficiario⁴⁶. In tali particolari situazioni ove il luogo di prestazione è diverso da quello di fruizione, la mancanza di un movimento transazionale di persone accentua la prospettiva oggettiva dell'istituto, ribadendo come chi presti effettivamente il servizio costituisca un mero "presupposto fattuale"⁴⁷, non essenziale per integrare la fattispecie comunitaria della libera prestazione.

⁴³ Nello specifico casi tipici sono rappresentati dalla fruizione di servizi turistici (cfr. CGUE, 2 febbraio 1989, C-186/87, *Cowan*) e dalla fornitura di cure mediche (cfr. CGUE, 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*, nell'ambito del quale il giudice comunitario ha avuto modo di specificare che consentire lo spostamento del destinatario di servizi per usufruire della prestazione in uno Stato membro diverso da quello di origine "costituisce il necessario complemento [del diritto alla mobilità del prestatore] che risponde allo scopo di liberalizzare ogni attività retribuita e non regolata dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, delle persone e dei capitali"). Per una più recente conferma di tale approccio v. CGUE, 5 luglio 2012, C-318/10, *SIAT*, punto 19: "l'articolo 49 CE conferisce diritti non soltanto al prestatore di servizi, ma anche al destinatario degli stessi". Un caso particolare, ma in realtà sempre più frequente nella pratica, che combina servizi turistici e trattamenti sanitari, è ravvisabile nello spostamento del destinatario della prestazione per usufruire contemporaneamente di tali categorie di prestazioni (cfr. CGUE 15 giugno 2010, C-211/08, *Commissione contro Spagna*).

⁴⁴ Nonostante quest'ultima situazione assuma contorni apparentemente domestici, la Corte ha dichiarato che la disciplina in materia di prestazione di servizi si applica anche quando il prestatore e il destinatario di servizi sono stabiliti nello stesso Stato membro, purché la prestazione di servizi venga effettuata in un altro Stato membro (CGUE, 28 ottobre 1999, C-55/98, *Vestergaard*, punto 18). In senso esplicativo v. anche le Conclusioni dell'avvocato generale Léger presentate il 5 ottobre 2006 nella causa *ITC*, C-208/05, punto 121: "il fatto che un contratto di mediazione sia stato stipulato tra una persona in cerca di lavoro e un'agenzia di collocamento privata situate in uno stesso Stato membro non osta, a mio parere, all'applicabilità dell'articolo 49 CE, dato che la ricerca di lavoro, che costituisce l'oggetto principale dell'attività di mediazione, è stata effettuata in un altro Stato membro".

⁴⁵ In tale ambito di scuola è divenuto il caso delle guide turistiche provenienti da uno Stato membro che accompagnavano turisti originari di un altro Paese membro nella visita di un altro Stato membro diverso da quello di stabilimento di entrambi che costituisce il luogo effettivo di esecuzione della prestazione (cfr. CGUE, 26 febbraio 1991, *Commissione c. Repubblica italiana*, C-180/89).

⁴⁶ CGUE, 10 maggio 1995, C-384/93, *Alpine Investments*, con riferimento al marketing telefonico per la fornitura di servizi finanziari, CGUE, 25 luglio 1991, *Säger*, cit., concernente consulenze per via telematica, CGUE, 25 luglio 1991, C-288/89, *Gouda*, in merito alla diffusione transfrontaliera via etere o via satellite di programmi televisivi e CGUE, 6 novembre 2003, C-243/01, *Gambelli*, relativa alla raccolta in uno Stato membro di scommesse via internet relative ad eventi sportivi che si svolgevano in altro Paese membro.

⁴⁷ Così BANO F., op. cit., p. 63.

§ 3. I soggetti beneficiari della libera prestazione

Ai sensi dell'articolo 56 TFUE la titolarità del diritto alla libera prestazione dei servizi è innanzitutto riservata, in un'ottica di protezione del mercato interno, agli operatori economici che soddisfano due requisiti essenziali: la cittadinanza comunitaria⁴⁸ e lo stabilimento in uno Stato membro dell'Unione europea. Non beneficiano invece di tale libertà i cittadini di un Paese terzo, pur essendo prevista dall'articolo 56.2 TFUE la possibilità per le istituzioni comunitarie di estendere il diritto alla libera prestazione dei servizi anche nei confronti di soggetti extracomunitari, a condizione che siano stabiliti in uno Stato membro dell'Unione. Non essendosi il Consiglio avvalso di tale facoltà, la prestazione comunitaria di servizi, oltre ad avere natura transfrontaliera, deve necessariamente essere stata effettuata da una persona fisica avente la cittadinanza di un Paese membro e stabilita sul territorio dell'Unione europea⁴⁹.

Ai sensi del combinato disposto degli articoli 54 (concernente lo stabilimento delle società) e 62 TFUE, tra i beneficiari della libera prestazione dei servizi sono da ritenersi incluse anche le persone giuridiche, a condizione che siano regolarmente costituite in conformità con la legge dello Stato membro di stabilimento e che siano dotate sul territorio comunitario di una sede sociale o di una amministrazione centrale o del centro principale di attività.

Il criterio di collegamento con il territorio europeo imposto alle persone fisiche ed alle “*società di nazionalità comunitaria*” è rappresentato quindi dallo stabilimento, eventualmente anche secondario, in uno degli Stati membri. Di conseguenza sono esclusi dalla titolarità della libera prestazione dei servizi i cittadini di uno Stato membro stabiliti all'esterno della Comunità.

Gli ostacoli alla piena ed effettiva realizzazione del mercato interno dei servizi possono derivare, non soltanto da misure che limitano il diritto degli operatori economici d'offrire la propria prestazione, ma anche da normative che rendano meno agevole il diritto dei consumatori di ricevere nel proprio Paese di residenza un servizio proposto da un prestatore transfrontaliero o di accedere ad un'attività di servizi in un altro Stato membro. Rientrano pertanto nell'ambito applicativo dell'articolo 56 TFUE anche i soggetti che usufruiscono della prestazione di servizi⁵⁰.

⁴⁸ Per quanto concerne la cittadinanza europea non appare in tale sede necessario richiamare la sconfinata giurisprudenza comunitaria in materia. Si ricordi meramente che l'acquisizione della cittadinanza europea deriva dal possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri, rientrando l'attribuzione di quest'ultima, come la sua perdita, nell'esclusiva competenza del legislatore nazionale (per tutte CGUE, 7 luglio 1992, C-369/90, *Micheletti*).

⁴⁹ In questo senso si è espressa la CGUE, 3 ottobre 2006, C-290/04, FKP *Scorpio Konzertproduktionem*, dissentendo dall'opinione dell'avvocato generale ai sensi della quale, nel caso di un cittadino di un Paese terzo stabilito sul territorio dell'Unione, il fine della norma del Trattato, tramite un'interpretazione sostanziale della stessa, fosse da ravvisarsi nella protezione del mero spostamento transfrontaliero della prestazione, quale espressione di un flusso economico all'interno del mercato unico (così PRIETO C., op. cit., p. 83).

⁵⁰ In particolare si è precisato in materia di trattamenti sanitari transfrontalieri, che “*la libera prestazione dei servizi comprende non solo la libertà del prestatore di fornire servizi per destinatari stabiliti in uno Stato membro diverso da quello sul cui territorio si trovi il detto prestatore, ma anche la libertà di ricevere o beneficiare, in quanto destinatario, dei servizi offerti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro, senza essere limitato da restrizioni*” (CGUE, 15 giugno 2010, C-211/08, *Commissione c. Spagna*, punto 49). La Corte ha altresì precisato

La nozione di “*destinatario della prestazione*” è stata progressivamente definita dal giudice comunitario sino a ricomprendervi i turisti, coloro che svolgono viaggi per ragioni di studio ed i fruitori di cure mediche⁵¹. Sono inoltre da considerarsi destinatari di servizi, oltre alle persone fisiche ed alle società sopra delineate, anche quei soggetti che non rivestono necessariamente natura giuridica di impresa, così come anche enti pubblici e senza fine di lucro. Può desumersi implicitamente dal dato normativo che possono beneficiare della libera prestazione dei servizi anche soggetti extracomunitari stabiliti sul territorio comunitario, non essendo richiesta la cittadinanza di uno Stato membro, quale requisito per fruire del servizio.

§ 4. L'efficacia diretta della clausola di libera prestazione

L'articolo 56 TFUE relativo alla libera prestazione dei servizi garantisce ad un prestatore di servizi stabilito in uno Stato membro di spostarsi liberamente con il proprio personale nel territorio di un altro Stato membro senza subire restrizioni discriminatorie, essendo possibile sottoporre tale diritto esclusivamente alle medesime condizioni imposte agli operatori economici nazionali (c.d. Principio del trattamento nazionale).

La libera prestazione dei servizi comporta dunque l'obbligo di rimuovere le restrizioni che impediscano ai cittadini comunitari, stabiliti in un Paese dell'Unione europea, di prestare la propria attività, a titolo occasionale, a favore di un beneficiario che si trovi in altro Stato membro alle condizioni previste dalla disciplina ivi vigente. A tal fine il diritto comunitario impone il divieto di frapporre ostacoli alla circolazione dei servizi, sia nei confronti dello Stato ove la prestazione deve essere svolta, sia verso quello di stabilimento del prestatore (c.d. restrizioni in uscita).

La Corte di giustizia, in attesa di un intervento del legislatore⁵² che specificasse la nozione generale fissata dal diritto primario in merito al divieto di restrizioni durante il periodo transitorio⁵³, ha

altresi come i “servizi di assistenza ospedaliera che un prestatore stabilito in uno Stato membro fornisce in quest'ultimo ad un destinatario stabilito in un altro Stato membro rientrano nella nozione di prestazione di servizi ai sensi dell'articolo 49 CE, anche nel caso, di cui trattasi nella presente fattispecie, in cui il soggiorno temporaneo del destinatario di tali prestazioni sanitarie nello Stato membro di stabilimento del prestatore riguarda motivi diversi da quelli sanitari” (punto 50). In relazione ai casi ove invece il soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di affiliazione sia direttamente finalizzato al ricevimento di trattamenti sanitari *ex multis* cfr. CGUE, 5 ottobre 2010, *Elchinov*, cit., punto 37, ove la Corte ha affermato che “*la libera prestazione dei servizi comprende la libertà dei destinatari dei servizi, in particolare delle persone che devono ricevere cure mediche, di recarsi in un altro Stato membro per godere ivi dei detti servizi*”.

⁵¹ Le prestazioni mediche rientrano nell'ambito applicativo della libera prestazione dei servizi, indipendentemente dalla struttura, ospedaliera o meno, che fornisce i trattamenti. Risulta altresì irrilevante ai fini della qualificazione dell'attività come servizio valutare se le cure mediche siano retribuite dal sistema previdenziale o siano invece pagate direttamente dal paziente (CGUE, 12 luglio 2001, C-157/99, *Smits e Peerbooms*, punto 53 e ss).

⁵² Durante il periodo transitorio le istituzioni comunitarie si sono limitate all'adozione di un Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi (in GU del 15/1/1962). Di conseguenza l'assenza di un concreto intervento normativo volto a rendere effettiva detta soppressione ha naturalmente ritardato i tempi della liberalizzazione e la realizzazione di un mercato unico dei servizi.

⁵³ Il Trattato di Roma del 1957 aveva previsto (articoli 53 e 62 CEE, poi abrogati) non solo il divieto per gli Stati membri di introdurre nuove restrizioni all'esercizio delle libertà “*economiche*”, successivamente all'entrata in vigore del Trattato (c.d. obbligo di *standstill* nel senso di congelamento delle restrizioni già sussistenti), ma anche la

riconosciuto l'efficacia diretta delle disposizioni sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi, almeno per quanto concerne l'obbligo di sopprimere ogni discriminazione nei confronti del prestatore a causa della sua nazionalità o della sua residenza in un Paese diverso da quello ove viene fornita la prestazione⁵⁴. Attribuire efficacia diretta a tali disposizioni garantisce a chi abbia subito una restrizione nell'esercizio della libertà di circolazione la facoltà di invocare in via giurisdizionale la corretta applicazione del proprio diritto alla libera prestazione. La diretta efficacia della clausola di libera prestazione non solo attribuisce ai singoli la giustiziabilità del diritto alla libera prestazione, ma impone altresì agli Stati membri l'obbligo, conformemente al principio di leale collaborazione, di sopprimere le disposizioni normative, amministrative e regolamentari del proprio ordinamento incompatibili con il generale divieto di ostacoli o restrizioni alla circolazione transfrontaliera delle attività autonome⁵⁵.

Alla scadenza del termine ultimo per l'applicazione delle disposizioni transitorie in materia di realizzazione del mercato interno dei servizi, i precetti normativi previsti nell'ambito della libera prestazione, assumendo efficacia diretta ed incondizionata, avrebbero dunque comportato nei confronti degli Stati membri un preciso obbligo di risultato, cui corrispondeva la garanzia per i cittadini di ottenere l'immediata applicabilità giurisdizionale della situazione soggettiva tutelata dal diritto primario, anche in mancanza di una normativa comunitaria *ad hoc* che assicurasse una completa liberalizzazione del settore o quantomeno un'armonizzazione delle legislazioni nazionali⁵⁶. Il Trattato di Amsterdam, in virtù del superamento della disciplina transitoria, ha quindi successivamente sostituito la locuzione originaria relativa alla graduale soppressione con la mera prescrizione del divieto di restrizioni alla libera prestazione dei servizi (l'attuale articolo 56 TFUE, la c.d. clausola di libera prestazione).

§ 5. Le restrizioni vietate: misure discriminatorie e misure indistintamente applicabili

A titolo di premessa occorre sottolineare come la disciplina della libera prestazione di servizi, non abbia come scopo di liberalizzare i mercati interni o di deregolamentare la normativa nazionale che

soppressione graduale degli ostacoli previamente esistenti entro il 31 dicembre 1969, data ultima fissata per l'instaurazione del mercato comune alla fine di un periodo transitorio di 12 anni (articolo 8 CEE, poi abrogato).

⁵⁴ Dispone in questo senso l'articolo 61 TFUE: "Fino a quando non saranno soppresse le restrizioni alla libera prestazione dei servizi, ciascuno degli Stati membri le applica senza distinzione di nazionalità o di residenza a tutti i prestatori di servizi".

⁵⁵ *In primis* CGUE, 3 dicembre 1974, C-33/74, *Van Binsbergen*, punti 23 e 27.

⁵⁶ In particolare il giudice comunitario ha sostenuto che l'inerzia del legislatore non potesse giustificare alcuna dilazione nell'esecuzione delle disposizioni del diritto primario di cui la Corte di giustizia ha riconosciuto la diretta efficacia (cfr. CGUE, 4 dicembre 1986, C-220/83, *Commissione c. Francia*, (p. 16), ove si specifica come la diretta applicabilità delle disposizioni in materia di libera prestazione dei servizi "non è subordinata all'armonizzazione o al coordinamento delle legislazioni degli Stati membri", imponendo tale disciplina "l'abolizione non soltanto di tutte le discriminazioni nei confronti del prestatore in ragione della sua nazionalità, ma anche di tutte le restrizioni della libera prestazione dei servizi imposte in ragione del fatto che il prestatore è stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui dev'essere fornita la prestazione".

li disciplina, quanto piuttosto di eliminare gli ostacoli in occasione del passaggio della frontiera da parte del servizio, con la conseguenza che non tutte le disparità legislative possono essere ritenute un'indebita barriera contraria al diritto comunitario, anche se di fatto comportano un onere per gli operatori, ma solo quelle discipline che impediscono l'accesso al mercato da uno Stato membro verso un altro⁵⁷.

Il principio del trattamento nazionale o del divieto di discriminazioni in base alla nazionalità consolidatesi nell'ambito dell'intero mercato interno e proprio di tutto il settore della circolazione delle persone costituisce l'esplicitazione del divieto generale di discriminazioni contenuto nell'articolo 18 TFUE.

Tale specificazione del principio si realizza mediante il riferimento alla residenza o al domicilio, come ulteriori criteri di collegamento al territorio oltre alla nazionalità, che permettono di estendere la tutela anche nei confronti delle discriminazioni dissimulate o indirette, allentando in tal modo il nesso, tipico della sovranità, tra norme e territorio⁵⁸. In tal senso il principio del trattamento nazionale ha quindi un valore non assoluto, bensì relativo, costituendo solo un parametro minimo della legittimità delle restrizioni, insufficiente a renderle compatibili con l'ordinamento giuridico comunitario.

Il prestatore di servizi che si muova dal relativo Paese di stabilimento per esercitare la propria attività economica in un altro Stato membro dell'Unione non solo non deve essere espressamente discriminato in base alla cittadinanza, ma deve anche non essere soggetto ad ulteriori restrizioni che siano suscettibili di vietare od ostacolare in altro modo, od anche solo *rendere meno attraente*⁵⁹ la fornitura transfrontaliera di servizi. Sono quindi vietate anche quelle discriminazioni che, sebbene non rispondenti in concreto ad un intento protezionistico, né aventi natura discriminatoria sul piano formale, in quanto applicabili anche nei confronti degli operatori nazionali, finiscono per determinare di fatto una restrizione maggiormente gravosa per i prestatori transfrontalieri, avendo l'effetto di rendere meno interessante per gli operatori economici ivi non stabiliti accedere al mercato. In base al criterio adottato dalla Corte in pratica costituisce una restrizione ogni misura che rende l'accesso al mercato di uno Stato membro diverso da quello di stabilimento più complicato

⁵⁷ In questo senso MALATESTA A., Principio dello Stato di origine e norme di conflitto alla luce della direttiva sui servizi nel mercato interno, in BESTAGNO F., RADICATI DI BROZOLO L.G., op. cit., p.176.

⁵⁸ BARNARD C., *The Substantive Law Of The UE. The Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 347.

⁵⁹ Recentemente v. CGUE, 5 luglio 2012, *SIAT* cit., p. 18, ove si è ricordato come “la Corte ha più volte dichiarato che l'articolo 49 CE osta all'applicazione di qualsiasi normativa nazionale che produca l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna ad uno Stato membro”, costituendo “restrizioni alla libera prestazione dei servizi le misure nazionali che vietano, ostacolano o rendono meno attraente l'esercizio di tale libertà”

In merito a tale celebre formula della Corte di giustizia si è efficacemente spiegato come “le misure incompatibili vengono così definite rispetto al conseguimento dell'effetto utile delle norme del Trattato, il contrasto realizzandosi anche nella minore attrattività, possibilità di successo, convenienza dell'esercizio della libertà di stabilimento o della prestazione di servizi” (NASCIMBENE B., *Le eccezioni ai principi. Interessi generali e ordine pubblico*, in BESTAGNO F., RADICATI DI BROZOLO L.G., op. cit., p. 48).

per il prestatore⁶⁰.

Il giudice comunitario, in risposta ad un mercato interno in cui è assente l'armonizzazione delle norme applicabili ai servizi ed in cui le legislazioni degli Stati membri tendono ad imporsi a qualsiasi persona si trovi sul territorio nazionale (anche a titolo temporaneo), ha quindi accolto una nozione estensiva di ostacolo alla libera circolazione⁶¹.

In conclusione, ai sensi della giurisprudenza, sono dunque vietate, perché contrarie al diritto comunitario non solo le discriminazioni palesi, espressamente basate sulla cittadinanza del prestatore⁶², ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata, che sebbene basata su criteri in apparenza neutri e non quindi discriminatoria⁶³ dal punto di vista formale, finisca sostanzialmente per provocare un ostacolo, diretto o indiretto, attuale o potenziale, nell'accesso al mercato, imponendo un onere supplementare o una restrizione maggiormente evidente per i prestatori transnazionali⁶⁴.

In sintesi dunque, se il prestatore transfrontaliero di servizi si trovi ostacolato da qualche misura nazionale che rende l'esercizio della relativa attività economica in uno Stato diverso da quello di stabilimento più difficoltosa siamo di fronte ad una restrizione alla libera circolazione dei servizi. Tuttavia la Corte, con un orientamento sostanzialmente opposto alla concezione estensiva di restrizione progressivamente sviluppata nella propria giurisprudenza, ha ritenuto che non costituiscono un ostacolo vietato le misure *“il cui solo effetto è quello di produrre costi supplementari per la prestazione di cui trattasi e che incidono allo stesso modo sulla prestazione di servizi tra Stati membri e su quella interna ad uno Stato membro”*⁶⁵. Ai sensi di tale approccio, la

⁶⁰ CHALMERS D., MONTI G., DAVIES G, op. cit., p. 784. A tal riguardo la Corte di giustizia ha avuto modo di precisare che la disciplina sulla libera prestazione dei servizi *“impone non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora tale restrizione si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli di altri Stati membri, quando sia tale da vietare o rendere più difficili le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, ove fornisce legittimamente servizi analoghi (CGUE, 5 dicembre 2006, Cipolla cit., punto 56).*

⁶¹ *“Un'ampia nozione di "restrizione" con riferimento alla libera prestazione dei servizi, che spazia dal divieto effettivo di un'attività alla mera perdita di attrazione da parte di quest'ultima”* (Conclusioni dell'Avvocato generale Villalón del 5 maggio 2010, C-515/08, Santos Palhota, punto 49).

⁶² Ad esempio legislazioni nazionali che riservano ai cittadini di uno Stato l'esercizio di certe attività o che prevedono condizioni più restrittive per gli altri operatori comunitari.

⁶³ Il leading case in materia di abolizione delle restrizioni indistintamente applicabili va ricercato nella sentenza *Säger* che segna il superamento di un approccio basato su una tutela della libera prestazione dei servizi in funzione meramente antidiscriminatoria (CGUE, 25 luglio 1991, C- 76/90, *Säger*).

⁶⁴ Rientrano in tale categoria le legislazioni nazionali che riservano ai cittadini di uno Stato l'esercizio di certe attività o che prevedono condizioni più restrittive per gli altri operatori comunitari. In tal senso, il giudice comunitario ha altresì specificato che *“una normativa di uno Stato membro non costituisce una restrizione ai sensi del Trattato CE per il solo fatto che altri Stati membri applichino regole meno severe o economicamente più interessanti ai prestatori di servizi simili stabiliti sul loro territorio”* (CGUE, 28 aprile 2009, C-518/06, *Commissione c. Italia*, punto 63, in una controversia relativa alla compatibilità comunitaria dell'obbligo di contrarre previsto dall'ordinamento giuridico italiano a carico delle compagnie assicurative). Il pregiudizio al mercato deve pertanto concretizzarsi in una misura, che sebbene indistintamente applicabile, sia *“tale da implicare, in termini di organizzazione e di investimenti, rilevanti oneri supplementari per le imprese stesse”*, costringendole per poter accedere al mercato dello Stato membro ospitante *“a ripensare la loro politica e le loro strategie aziendali”* (punto 69).

⁶⁵ CGUE, 8 settembre 2005, C-544/05, *Mobistar*, punto 31.

mera imposizione di una tassa, applicata in forma non discriminatoria e non protezionistica, non costituisce una restrizione alla circolazione nel mercato interno ove l'imposizione fiscale non sia tale da impedire o da rendere meno attraente l'esercizio della libera prestazione di servizi⁶⁶.

§ 6. Il rapporto con le altre libertà fondamentali: il mercato unico dalle merci ai servizi

Fin dagli albori del processo di integrazione europea gli sforzi normativi delle istituzioni dell'Unione per la realizzazione di un mercato comune si sono prevalentemente incentrati sulla libera circolazione delle merci, concedendo la priorità alla soppressione dei diritti doganali, in ragione della preponderanza dell'industria manifatturiera nell'economia europea e della maggior interscambiabilità, per loro stessa natura, dei beni materiali. Apparve lampante, infatti, come un contesto giuridico favorevole volto all'armonizzazione delle legislazioni ed alla normalizzazione dei prodotti avrebbe potuto stimolare i sistemi economici dell'epoca, permettendo la libera circolazione delle merci sull'intero territorio europeo, tramite l'abbattimento delle barriere tariffarie, delle restrizioni quantitative e di ogni altra forma di protezionismo spaziale.

Più difficoltoso apparve invece il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi del Trattato per quanto riguarda i servizi⁶⁷, trattandosi di un settore altamente regolato in ambito interno e richiedendosi poi, ai fini di un effettiva circolazione degli stessi, lo spostamento fisico di soggetti giuridici che per esercitare le rispettive attività rimanevano comunque soggetti alle differenti normative nazionali ed ai relativi requisiti fissati dal Paese membro di stabilimento.

La differenza con la circolazione dei beni risiede anche nel fatto che i servizi riguardano direttamente le persone fisiche o giuridiche, siano esse operatori economici come consumatori, e di conseguenza le autorità nazionali erano e restano tuttora particolarmente sensibili alla regolamentazione di tali fattori di produzione, a salvaguardia di interessi legati alla sicurezza

⁶⁶ CGUE, 17 febbraio 2005, C-143/03, *Viacom*, punto 38: “un'imposta di tale tipo si applica solo ad attività pubblicitarie esterne implicanti l'utilizzo dello spazio pubblico gestito dalle autorità comunali e che il suo importo è fissato ad un livello che può essere considerato modesto rispetto al valore delle prestazioni di servizi che vi sono assoggettate. In tale contesto, la riscossione di un'imposta non è comunque idonea a vietare, ostacolare o rendere altrimenti meno allettanti le prestazioni di servizi pubblicitari che devono essere effettuate nel territorio dei comuni interessati, compreso il caso in cui tali prestazioni abbiano carattere transfrontaliero in ragione del luogo di stabilimento del prestatore o del destinatario dei servizi”. La limitazione dell'effetto espansivo del divieto di restrizioni pare rispondere alla necessità di arginare l'applicazione del diritto comunitario: se infatti la mera previsione di un costo che si imponga ugualmente a prestatori nazionali e transfrontalieri costituisca una restrizione, ogni tassazione o requisito previsto dallo Stato ospitante potrebbe risultare incompatibile con la libera prestazione dei servizi (cfr. CHALMERS D., MONTI G., DAVIES G, op. cit., p. 795).

⁶⁷ Le istituzioni comunitarie tuttavia, pur essendo accordata la priorità alla circolazione delle merci, erano sin dalle origini consapevoli della funzionalità della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi rispetto ad un efficace scambio transazionale dei prodotti manifatturieri. Da un lato infatti la libertà di stabilimento avrebbe garantito alla società di produzione di seguire ogni fase del commercio dei rispettivi beni offerti al mercato tramite la creazione di una rete di filiali e succursali che le avrebbero rappresentate nel Paese di esportazione del prodotto, e dall'altro lato, la libera prestazione avrebbe reso possibile l'esecuzione di taluni servizi complementari alla vendita delle merci, quali le attività di riparazione, manutenzione e montaggio, che costituiscono fattori sussidiari alla commercializzazione del prodotto stesso.

pubblica, alla salute delle persone, alla protezione sociale ed alla qualità dei servizi prestati⁶⁸.

La realizzazione di un mercato unico dei servizi si è inoltre dovuta confrontare con il carattere immateriale degli stessi, che per natura si prestano difficilmente ad un inquadramento protezionistico tramite l'imposizione di barriere tariffarie e di oneri doganali o la fissazione di quote all'importazione ed all'esportazione, rendendo dunque non agevole l'individuazione degli ostacoli e delle restrizioni effettivamente sussistenti alla circolazione transfrontaliera di tali fattori produttivi.

Successivamente, ed in particolare nell'ultimo quarto del secolo scorso, le economie dei Paesi occidentali hanno visto crescere esponenzialmente il settore terziario che ha realizzato livelli di sviluppo probabilmente inaspettati e decisamente superiori a quelli delle merci, in virtù di un inarrestabile progresso tecnologico, della globalizzazione delle moderne tecnologie della comunicazione e dell'informazione (ITC), tramite la diffusione capillare di forme di trasmissione multimediale a distanza⁶⁹.

Tuttavia, nonostante "l'esplosione" della fornitura di servizi, innescata anche dall'espansione territoriale di pratiche d'esternalizzazione dell'attività produttiva⁷⁰, tali fattori economici non hanno conosciuto un correlato e graduale aumento della quantità degli scambi tra Paesi Membri pari a quello operato nell'ambito dell'attività manifatturiera, restando la circolazione dei servizi in senso transnazionale un fenomeno quasi marginale⁷¹. La tendenza alla terziarizzazione delle economie in atto a livello globale, costituendo ormai il settore dei servizi il valore aggiunto dei Paesi sviluppati sia in termini di prodotto interno lordo che in termini di impiego⁷², non è stata dunque accompagnata

⁶⁸ In questo senso DUBOS O., KAUFFMANN O., *L'Europe des services – L'approfondissement du marché intérieur*, Collection droits européens, Editions A. Pedone, 2009, p. 4.

⁶⁹ Tali innovative tecniche di comunicazione hanno permesso innanzitutto di intensificare e di favorire le esportazioni di servizi preesistenti (si pensi al commercio al dettaglio tramite internet che ha integrato la classica vendita per corrispondenza ed alle prestazioni per via telefonica e nello specifico ai *call centers* ormai delocalizzati ovunque per ridurre i costi di produzione). Lo sviluppo tecnologico ha inoltre reso convenienti prestazioni che prima erano ipotizzabili ma economicamente svantaggiose (come la contabilità o il segretariato a distanza), oltre a rendere possibili transazioni commerciali in precedenza tecnicamente impraticabili (ad esempio la diagnostica a distanza in campo medico e nell'ambito della manutenzione industriale, la prenotazione on-line di spettacoli o di servizi presso una struttura ricettiva).

⁷⁰ L'*outsourcing* costituisce una pratica che permette, principalmente alle aziende, di valutare l'economicità e la convenienza dello svolgere in proprio ed autonomamente ogni segmento della relativa catena produttiva piuttosto che acquistare direttamente sul mercato parte della lavorazione o affidare determinate attività a prestatori esterni all'impresa (i servizi di pulizia dei locali ad esempio), soppesando l'utilità di "*faire*" piuttosto che di "*faire faire*" (DUBOS O., KAUFFMANN P., op. cit., p. 16). L'esternalizzazione in misura minore ha cominciato gradualmente ad essere applicata anche ai servizi privati alla persona tramite l'affidamento a soggetti terzi, spesso stranieri, di compiti che tradizionalmente erano riservati all'ambito familiare (lampante a riguardo è l'esempio delle colf o badanti e delle babysitter, ma anche delle attività domestiche e di giardinaggio ed in genere di cura e manutenzione delle abitazioni individuali). Infine le stesse amministrazioni pubbliche hanno ritenuto proficuo devolvere l'esercizio di talune proprie attività marginali (pulizia delle strade, mense scolastiche) ad operatori esterni o addirittura affidare in concessione determinate responsabilità che rientrano pienamente nella nozione di servizio pubblico (trasporti, telecomunicazioni, fornitura di energia). Tutte le attività di servizi delineate possono dunque in ambito comunitario essere svolte sia da imprese europee localmente installate usufruendo della libertà di stabilimento, sia da parte di lavoratori occasionali che accettano un offerta di lavoro con le modalità previste dalla libera prestazione dei servizi, con la garanzia di non essere discriminati in base alla nazionalità.

⁷¹ ANNABOLIS P., *La libre circulation des services dans l'Union européenne: évolution et perspectives*, *Revue du Marché Unique Européen*, 2/1994, p. 173.

⁷² In tutte le economie dei Paesi europei il settore terziario, rappresenta autonomamente almeno il 50% dell'intera

dal contemporaneo sviluppo in senso direttamente proporzionale del volume degli scambi internazionali di servizi.

Costituendo le quattro libertà fondamentali ed i distinti fattori di produzione che ne sono corollario il nucleo essenziale su cui si è fondata la costruzione del mercato unico appare utile esaminare come la libera prestazione dei servizi si coordini a livello di disciplina con le altre libertà di circolazione. Si rammenti infatti che le modalità classiche dello scambio internazionale di servizi raramente avvengono senza la contemporanea partecipazione di un ulteriore fattore di mobilità⁷³, comportando lo spostamento sia di persone fisiche (prestatori o destinatari), come di persone giuridiche (in caso di installazione del produttore in altro Stato membro), oltretutto di beni (il servizio in sé considerato o anche ulteriori elementi materiali o immateriali collegati alla fruizione dello stesso).

In merito al rapporto dei servizi con la libera circolazione delle merci, il giudice comunitario ci ha offerto i mezzi necessari per comprendere quale delle due libertà applicare quando alla fornitura del bene sia complementare la prestazione di servizi (di installazione, montaggio, riparazione, manutenzione) o anche in caso di fornitura contestuale di beni e servizi. In tali situazioni il criterio discriminante consiste nell'individuare l'aspetto economicamente e giuridicamente prevalente che costituisce l'oggetto principale dell'attività economica, escludendo che rientrino nell'ambito del regime relativo alla circolazione delle merci i supporti materiali e la fornitura di beni non aventi un valore commerciale fine a sé stesso, ma funzionali ed accessori rispetto alla predominante attività di prestazione di servizi⁷⁴.

attività nazionale e spesso anche oltre (75% in Francia, 80% nel Regno Unito e oltre i 2/3 del PIL comunitario), a fronte tuttavia di uno scambio transfrontaliero di servizi che si assesta al solo 20% del totale dei flussi commerciali. A tal riguardo si critica espressamente la preferenza tuttora accordata alla politica agricola comune che continua a costituire un obiettivo prioritario per le istituzioni dell'Unione europea, nonostante la creazione della ricchezza e di nuovi posti di impiego (il 96% e globalmente oltre 2/3 dei posti di lavoro presenti) sia ormai riservato all'ambito dei servizi (così DUBOS O., KAUFFMANN P., op. cit., p. 12).

⁷³ In questo senso nuovamente DUBOS O., KAUFFMANN P., op. cit., p. 4, ove si sottolinea come “*marché intérieur des services, des capitaux et des personnes sont intimement liés, les difficultés rencontrées sur un segment retentissant sur les autres*”.

⁷⁴ Si è a tal fine precisato che l'importazione di materiale pubblicitario e di tagliandi di lotteria in uno Stato membro ove destinati a consentire la partecipazione degli abitanti di tale Stato ad una lotteria organizzata in un altro Stato membro rientri nell'ambito della libera prestazione dei servizi e non quindi nella disciplina relativa alla libera circolazione delle merci (CGUE 24 marzo 1994, C-275/92, *Schindler*, punti 21 e 24). La stessa interpretazione è stata confermata relativamente alla distribuzione di film che comporta il trasferimento di un elemento materiale di carattere accessorio, la pellicola, cui sono affiancati ulteriori prestazioni, aventi carattere invece prevalente, legate alla proiezione ed alla messa in onda (CGUE, 4 maggio 1993, C-17/92, *Federacion de Cinematograficos c. Spagna*, punti 9-12). Più recentemente si è ritenuto che nella commercializzazione di bevande analcoliche e di alimenti nei coffeeshop, costituendo un'attività di ristorazione, caratterizzata da un insieme di elementi e di atti nell'ambito dei quali i servizi predominano rispetto alla cessione del bene stesso, “*l'aspetto della libera circolazione delle merci è del tutto secondario rispetto a quello della libera prestazione dei servizi, e dal momento che la prima può essere ricollegata alla seconda, la Corte esamina la regolamentazione di cui trattasi nella causa principale soltanto con riferimento a quest'ultima libertà fondamentale*” (CGUE, 16 dicembre 2010, C-137/09, *Josmans*, punto 50). Sullo stesso terreno di conflitto la Corte, pur precisando come un eventuale ostacolo alla circolazione delle merci e contemporaneamente dei servizi, vada, in via principale, valutato “*solamente con riguardo ad una delle due dette libertà fondamentali qualora risulti che, alla luce delle circostanze della specie, una delle due sia del tutto secondaria rispetto all'altra e possa essere a questa ricollegata*” (CGUE, 22 gennaio 2002, C-390/99, *Canal Satélite Digital*, punto 31 e seguenti.), non ha escluso la possibilità di una “doppia valutazione” nel caso di situazioni giuridiche particolarmente articolate al confine tra le due libertà (quali nella causa di specie il settore delle

§ 7. Relazioni complementari con il diritto di stabilimento: il livello di controllo esercitato sugli operatori transfrontalieri dal Paese ospitante

L'Europa, quale primo esportatore mondiale di servizi, ha progressivamente adottato una concezione ambiziosa della liberalizzazione del mercato comunitario dei servizi, che riposa sostanzialmente sulla libera prestazione e sulla libertà di stabilimento che costituiscono due distinti vettori della libera circolazione delle persone ed al contempo, ed in via prioritaria, due distinte modalità di esercizio della circolazione transfrontaliera delle attività di servizi. Entrambe le libertà garantiscono che un'attività di carattere autonomo possa essere esercitata non solo nel Paese di primo stabilimento, ma, a titolo permanente od occasionale, sull'intero territorio dell'Unione europea.

Si rammenti sommariamente che il diritto di stabilimento, *ex* articolo 49 TFUE, riconosce a qualunque cittadino di uno Stato membro ed a qualunque impresa comunitaria di svolgere la propria attività indipendente in modo continuativo e tendenzialmente permanente sul territorio di uno Stato membro diverso da quello di origine. Tale libertà può esplicarsi secondo due diverse modalità: a titolo principale tramite l'apertura *ex novo* di un'impresa o il trasferimento totale del proprio centro d'attività economica, oppure, a titolo secondario, attraverso l'impianto di agenzie, succursali e filiali. La libera prestazione dei servizi, tramite una disciplina sintetica e di carattere residuale⁷⁵, completa la regolamentazione prevista dalla libertà di stabilimento al fine di garantire la circolazione transfrontaliera dei lavoratori autonomi e delle società. La distinzione astratta tra le due modalità di circolazione dei servizi risiede nel carattere continuativo e permanente dell'attività nel caso della libertà di stabilimento e nella natura temporanea ed occasionale del servizio nel caso della libera prestazione.

L'assenza di stabilità e continuità del legame economico e giuridico con lo Stato membro ospitante giustifica il diverso regime normativo della libera prestazione dei servizi rispetto alla libertà di stabilimento. L'operatore economico che opera nell'ambito della libera prestazione dei servizi conserva il proprio legame naturale con lo Stato membro di origine, mentre chi si è avvalso della libertà di stabilimento è chiamato invece ad integrarsi maggiormente nel Paese ospitante, adattandosi integralmente alle disposizioni ivi previste per disciplinare la propria attività⁷⁶.

Proprio il carattere temporaneo della prestazione non impone, né tanto meno consente, allo Stato membro nel quale il servizio viene offerto di effettuare verifiche analoghe a quelle cui è sottoposto

telecomunicazioni) ove sia difficile valutare la prevalenza di un determinato regime.

⁷⁵ “Rispetto al diritto di stabilimento, le disposizioni sui servizi risultano subordinate, nel senso ancora una volta di residuali” (TESAURO G., *op. cit.*, p. 585)

⁷⁶ In questo senso, TESAURO G., *op. cit.*, p. 579.

chi voglia stabilirsi sul suo territorio, preferendosi piuttosto riconoscere mutualmente l'affidabilità dei controlli effettuati sull'operatore economico nel Paese di origine⁷⁷.

Di non immediata percezione può tuttavia risultare nella pratica il rapporto tra libera prestazione dei servizi e libertà di stabilimento, in ragione delle sfumature che distinguono queste due diverse modalità di esercizio di un'attività autonoma, caratterizzate entrambe dall'attraversamento di una frontiera comunitaria. In ambedue i casi ci si trova infatti di fronte ad un soggetto che per fornire determinate prestazioni remunerate (ma non salariate) si sposta sul territorio di un altro Stato membro, con la differenza che nel caso dello stabilimento l'attività economica non è caratterizzata dalla temporaneità e dall'occasionalità della permanenza. Il diritto di stabilimento viene dunque a caratterizzarsi come concetto statico, mentre la libera prestazione dei servizi appare maggiormente contraddistinta da una certa dinamicità volta a consentire ad un soggetto economico di allargare il proprio mercato prestando la propria attività al di fuori del territorio nazionale, senza per questo dover sopportare tutti i costi che comporterebbero uno stabile insediamento ed organizzazione nello Stato membro ove intende esercitare la propria attività economica.

La libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi non si distinguono quindi, né per i soggetti che possono beneficiarne, né tanto meno in ragione dell'attività che questi sono intenzionati a svolgere (che potrebbe benissimo anche avere il medesimo oggetto), ma piuttosto per il carattere rispettivamente stabile e permanente, ovvero temporaneo ed occasionale che caratterizza il lavoro autonomo.

La libertà di stabilimento può essere esercitata da parte di lavoratori autonomi e di società esclusivamente “*alle condizioni definite nella legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini*” (articolo 49 TFUE). Tale disposizione impone da un lato agli operatori economici che intendano stabilirsi in modo permanente in un Paese membro diverso da quello di origine di conformarsi alla normativa del Paese ospitante, e dall'altro obbligano quest'ultimo a non operare discriminazioni in base alla nazionalità nei confronti di cittadini od imprese provenienti da un altro Stato membro.

Non è sempre agevole operare in pratica la distinzione tra le due libertà, ad esempio quando il prestatore si munisca, nello Stato membro nel quale intende offrire un servizio, di una struttura necessaria per l'esecuzione di una prestazione, anche se in termini generali è possibile ravvisare la tendenza del giudice comunitario ad inquadrare le fattispecie di dubbia natura nell'ambito della

⁷⁷ Essendo le condizioni di stabilimento per propria natura più restrittive di quelle relative alla libera prestazione dei servizi, “*l'operatore non può aggirare le prime avvalendosi surrettiziamente delle seconde*” quando invece nella realtà svolga effettivamente un'attività professionale dotata di un'organizzazione stabile e continuativa nello Stato membro in cui viene erogata (in questo senso *Commento all'articolo 49 TCE*, in TIZZANO A., *Commentario ai Trattati comunitari*, Giuffrè, 2004). In senso inverso “*uno Stato membro non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le norme del Trattato dirette a garantire appunto la libera prestazione dei servizi*” (CGUE, 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger*, punto 13. Il medesimo principio è stato confermato nella sentenza 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*, punto 23).

libera prestazione dei servizi⁷⁸.

La stessa Corte di Giustizia, confermando, in un'ottica *pro mercato*, la propria disaffezione per il regime giuridico del Paese di destinazione del servizio, spesso foriero di ostacoli transfrontalieri, pare, infatti, orientata, nei casi di dubbia paternità⁷⁹, a far rientrare lo spostamento intracomunitario di lavoratori autonomi nell'ambito della libera prestazione di servizi piuttosto che della libertà di stabilimento, così da circoscrivere ulteriormente la potestà nazionale di frapporre misure restrittive alla circolazione dei fattori produttivi sul territorio dell'UE.

Preliminarmente si deve rammentare come in virtù delle due diverse discipline previste dal Trattato in materia di attività autonome, la mera libera prestazione, di per sé, non può giustificare l'integrale applicazione della legge dello Stato ospitante, altrimenti verrebbe a mancare la ragione stessa che ne giustifica la sussistenza, differenziandola dallo stabilimento⁸⁰.

L'occasionalità che caratterizza la libera prestazione dei servizi e che funge da scriminante tra le due libertà che disciplinano le professioni indipendenti, può necessariamente presupporre infatti, per sua stessa natura, un'eventuale controllo del Paese di esecuzione della prestazione solo parziale. Non potrebbe infatti richiedersi al prestatore transfrontaliero di adattarsi integralmente alla normativa del Paese ove intende svolgere solo in modo temporaneo la propria attività, requisito invece richiesto all'operatore comunitario che intenda invece appunto "stabilirsi" in modo costante o a titolo definitivo sul territorio di un altro Stato membro⁸¹.

Risulta utile infine riaffermare come non sia ammissibile un uso distorto della libera prestazione dei servizi da parte dell'operatore economico transfrontaliero al fine di sottrarsi all'applicabilità della più stringente disciplina relativa alla libertà di stabilimento nel caso egli intenda esercitare la propria attività nello Stato membro ospitante a titolo permanente e non meramente occasionale.

⁷⁸ Secondo tale impostazione MASTROIANNI R., op. cit., p. 8. In tale senso la Corte non ha escluso la possibilità per l'operatore economico operante in regime di libera prestazione dei servizi di dotarsi nello Stato che lo ospita a titolo meramente occasionale e periodico di un ufficio o di altra infrastruttura funzionale all'esercizio dell'attività autonoma (in tal senso CGUE, 21 marzo 2002, C-298/99, *Commissione c. Italia*, ove si è precisato che "il carattere temporaneo della prestazione di servizi non esclude la possibilità per il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio, uno studio o un'altra sede), se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi" (punto 56).

⁷⁹ Il rischio di incertezza giuridica, a danno degli operatori economici, nella valutazione se una fattispecie rientri nell'ambito applicativo della libertà di stabilimento o della libera prestazione di servizi ha portato taluni autori a suggerire l'introduzione di un ancoraggio temporale al principio del Paese di origine, tramite una più precisa definizione della durata limite per l'esecuzione della prestazione, tuttora nelle mani dell'apprezzamento discrezionale dei giudici (GARABIOL-FURET M.D., *Plaidoyer pour le principe du Pays d'origine*, in *Revue du marché commun et de l'UE*, n. 495, février 2006, p. 87).

⁸⁰ La Corte di giustizia ha avuto modo di precisare che "lo Stato membro non può subordinare la prestazione dei servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le norme del Trattato dirette a garantire appunto la libera prestazione dei servizi" (CGUE, 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger*, punto 13).

⁸¹ In merito alla distinzione tra le due libertà fondata sul carattere "*permanent ou provisoire de l'activité économique*" DOLLAT P., *La citoyenneté européenne. Théorie et statuts*, Bruxelles: Bruylant, 2008, p. 309, ove si sottolinea come "le bénéficiaire de la liberté d'établissement est entièrement soumis à la législation du Pays d'accueil".

§ 8. Libera prestazione dei servizi e libera circolazione dei lavoratori

La libertà professionale, riconosciuta all'articolo 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e resa effettiva dal diritto alla libera circolazione delle persone, costituisce un elemento cardinale del mercato unico. In tale ambito si inserisce la libertà di esercitare su tutto il territorio comunitario un lavoro salariato o indipendente. La disciplina delle attività autonome caratterizza, come precedentemente delineato, libera prestazione dei servizi e libertà di stabilimento, mentre l'attività salariata è regolamentata dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei lavoratori (articoli 45 e seguenti TFUE). Non costituisce scopo di questa trattazione analizzare la nozione di lavoratore ed il contenuto del relativo diritto alla libera circolazione, né tanto meno illustrare le libertà accessorie (di soggiorno, di dimora, di non discriminazione, di ricongiungimento familiare) che funzionalmente ne accompagnano l'esercizio al fine di garantirne l'effettività⁸².

In tale ambito ci interessa piuttosto evidenziare l'elemento distintivo che differenzia l'attività salariata dall'attività autonoma, al fine di precisare la diversità sussistente tra libera prestazione dei servizi e libera circolazione dei lavoratori. Proprio la natura autonoma della prestazione costituisce il tratto discriminante della libera prestazione di servizi rispetto alla circolazione di lavoratori. In tal senso costituiscono tratti distintivi della circolazione dei lavoratori la percezione di un salario e l'esistenza di un vincolo di subordinazione. Il lavoratore salariato fornisce infatti sì una prestazione, ma sotto la direzione ed il controllo di un altro soggetto di cui è dipendente. Diversamente nell'ambito delle attività autonome l'operatore economico svolge la propria prestazione in un regime di indipendenza, caratterizzato da autonomia gestionale ed assunzione del rischio economico.

Ulteriormente l'intenso legame socio-economico con il Paese di destinazione, assimilabile a quello dell'operatore nazionale, accomuna lavoratore subordinato e stabilito in ragione della presenza continuativa o tendenzialmente permanente nello Stato membro ospitante. La tangibilità dell'operatore economico sul mercato del lavoro del Paese ospitante si esplica anche nel caso del prestatore di servizi, ma in tale ambito la partecipazione alla vita economica dello Stato membro di esecuzione del servizio è di natura meramente occasionale e temporanea.

Nell'esercizio del proprio diritto alla libera prestazione dei servizi, può accadere tuttavia che l'operatore economico indipendente, invece che svolgere direttamente egli stesso la prestazione occasionale in uno Stato membro diverso da quello di origine, utilizzi la propria manodopera subordinata, inviandola nel Paese ospitante per svolgere un'attività che dal punto di vista formale del rapporto tra committente ed esecutore del servizio resta comunque autonoma.

Questa situazione peculiare prende il nome di distacco di lavoratori subordinati nell'ambito di una

⁸² Per una trattazione completa si rimanda a ZANOBETTI A., *Diritto internazionale del lavoro. Norme universali, regionali e dell'Unione europea*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 211 ss. e bibliografia ivi citata.

prestazione di servizi e sarà in seguito oggetto di autonoma trattazione, costituendo una fattispecie specifica elaborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ed in seguito autonomamente disciplinata dal legislatore tramite un atto giuridico *ad hoc*. Si tratta infatti di una situazione giuridica anomala ove l'attività della manodopera salariata, non rientra nella classica libertà di circolazione dei lavoratori subordinati ex articolo 45 TFUE, ma risulta piuttosto disciplinata dalla regolamentazione relativa alla libera prestazione dei servizi⁸³. Onde evitare di applicare a tale peculiare fattispecie la legislazione del Paese di origine del lavoratore (regolamentazione cui la manodopera è abitualmente sottoposta) si era in un primo momento paventata la possibilità di estendere integralmente nei suoi confronti la disciplina “locale” del Paese di esecuzione della prestazione, salvo poi prevedere in via legislativa un compromesso idoneo a salvaguardare sia le esigenze del prestatore, evitando ostacoli alla circolazione del servizio, sia la tutela del diritto del lavoro del Paese ospitante.

Giova in questa fase solo evidenziare come, nonostante l'impatto in termini di politica sociale e sull'esercizio della libertà di circolazione dei lavoratori, la Corte abbia precisato che l'attività di una impresa che fornisce manodopera, utilizzando autonomamente le proprie maestranze in un Paese membro diverso da quello di provenienza, rientra pienamente nella disciplina relativa alla libera prestazione di servizi⁸⁴.

⁸³ In questo senso nuovamente ZANOBETTIA., op. cit., p. 237.

⁸⁴ In tal caso infatti i lavoratori rimangono alle dipendenze del prestatore che fornisce la manodopera, senza alcun rapporto contrattuale con l'utilizzatore della stessa (CGUE, 7 febbraio 2002, C-279/00, *Commissione c. Italia*, punti 17 e seguenti).

Sezione II. Un regime giuridico circoscritto dalla disciplina interna del Paese ospitante: la preservazione della disciplina del Paese di destinazione del servizio e la riaffermazione della sovranità nazionale

L'obbligo degli Stati membri di garantire la libera prestazione dei servizi senza frapporre ostacoli all'esercizio delle attività autonome degli operatori economici transfrontalieri può essere parzialmente disatteso dagli Stati membri ospitanti al fine di applicare la propria normativa anche a soggetti che abbiano con il relativo territorio solo un legame a titolo temporaneo. Per limitare l'espansione del diritto comunitario e preservare la propria legislazione interna, gli Stati membri possono invocare le deroghe concesse dal Trattato al divieto di ostacoli alla circolazione dei servizi nel mercato interno (§ 1) e le eccezioni individuate dalla Corte di giustizia tramite il ricorso ai motivi imperativi di interesse generale (§ 2).

§ 1. Le eccezioni al principio della parità di trattamento nel diritto primario: ordine pubblico, sicurezza pubblica, sanità pubblica ed esercizio di pubblici poteri.

L'obbligo di pari trattamento (articolo 57 TFUE) potrebbe consentire al Paese ospitante di estendere nei confronti del prestatore di servizi proveniente da altro Stato membro della normativa sostanziale e procedurale che regola l'esercizio della professione per gli operatori economici nazionali che svolgono la medesima attività.

La Corte, prospettando un parziale ritorno ad un sistema di *Home State Control*, ha tuttavia sottolineato come l'uguaglianza di trattamento non possa comportare che lo Stato membro ospitante possa estendere qualsiasi disciplina nazionale applicabile ai propri cittadini nei confronti di attività di carattere temporaneo esercitate da persone stabilite in altri Stati membri⁸⁵. Il criterio in tal caso è quello c.d. d'equivalenza che si esplica nel divieto di doppio regime, nel senso che il prestatore di servizi transazionale non potrà essere sottoposto ad una disciplina analoga a quella già ottemperata per fornire servizi analoghi in base alla legislazione dello Stato membro di stabilimento.

Tale divieto, che costituisce indubbiamente un'intrusione nel diritto interno dal momento che impedisce alle autorità nazionali in certi casi di garantire ad esempio un'applicazione generalizzata della propria tutela giuslavoristica a soggetti stabiliti in altro Stato membro, non è assoluto, ma è sottoposto a talune mitigazioni, volte a garantire la contemporanea sopravvivenza di taluni principi essenziali della sovranità nazionale. Infatti, la previsione di una tutela non solo di natura

⁸⁵ CGUE 10 luglio 1991, C-294/89, *Commissione c. Francia*, punto 26.

antidiscriminatoria, ma volta a censurare ogni restrizione che possa ostacolare anche solo potenzialmente l'effettivo esercizio della libera prestazione dei servizi, potrebbe comportare la sindacabilità di qualsiasi normativa nazionale, rischiando di intaccare i requisiti che uno Stato membro intende applicare ai lavoratori provenienti da un altro Paese membro e temporaneamente distaccati sul proprio territorio⁸⁶.

Nell'analisi delle condizioni imposte al prestatore dal Paese ospitante e giustificate dall'interesse generale occorre effettuare una prima distinzione tra misure discriminatorie e misure indistintamente applicabili. Le misure discriminatorie sono infatti ritenute ammissibili solo ove coperte da una deroga espressamente prevista dal Trattato⁸⁷. Le misure indistintamente applicabili possono invece ritenersi giustificate altresì ove la Corte ravvisi la sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale che ne legittimi il mantenimento⁸⁸. Nello specifico occorre sottolineare come nella giurisprudenza più recente la Corte di giustizia abbia la tendenza a fondere (e quindi anche confondere) i due piani di valutazione, riferendosi ad un ostacolo alla libera circolazione delle attività autonome meramente in termini di restrizione, e ritenendo di conseguenza applicabile sia la disciplina delle deroghe previste dal Trattato, sia i motivi imperativi collegati all'interesse generali individuati dal giudice di Lussemburgo, indipendentemente dal carattere discriminatorio o indistintamente applicabile della restrizione⁸⁹.

Si prevede innanzitutto, tramite il combinato disposto degli articoli 51, 52.1 e 62 TFUE, che le restrizioni alla libera prestazione dei servizi ed in particolare anche comportamenti esplicitamente e formalmente discriminatori possono essere ritenuti legittimi se giustificati da esigenze nazionali collegate alla salvaguardia dell'ordine pubblico (a), della pubblica sicurezza (b) e della sanità pubblica (c)⁹⁰, oltre che dalla necessità di esercitare i pubblici poteri dello Stato (d).

Tali deroghe, costituendo una eccezione al principio fondamentale dell'eliminazione degli ostacoli alla circolazione dei fattori produttivi e in quanto limitative di un principio cardine dell'intero mercato interno, devono essere interpretate restrittivamente, in senso ovviamente favorevole alla libera prestazione.

⁸⁶ In tal senso ORLANDINI G., *La libertà di circolazione dei lavoratori subordinati*, in SCIARRA S. - CARUSO S. (a cura di), *Il lavoro dipendente*, tomo V, p. 558, in AJANI G. e BENACCHIO G., *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2009.

⁸⁷ In tal senso v. recentemente CGUE, 9 settembre 2010, C-64/08, *Engelmann*, punto 34, "qualora una restrizione [...] sia discriminatoria, essa è compatibile con il diritto dell'Unione solo se può rientrare in una disposizione espressa di deroga, quale l'articolo 46 CE, vale a dire l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica".

⁸⁸ V. *infra* al paragrafo successivo.

⁸⁹ In tal senso si è ad esempio ritenuto necessario valutare se una restrizione nel settore dei giochi di azzardo "possa essere ammessa sulla base delle misure derogatorie, per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, espressamente previsti dagli articoli 45 CE e 46 CE, applicabili in materia a norma dell'articolo 55 CE, ovvero possa essere giustificata, conformemente alla giurisprudenza della Corte, da motivi imperativi di interesse generale" (CGUE, 19 luglio 2012, C-470/11, *SIA Garkalns*, punto 35).

⁹⁰ CGUE, 21 gennaio 2010, C- 546/07, *Commissione c. Germania*, punto 48: "Dall'articolo 46 CE, soggetto ad un'interpretazione restrittiva, risulta che norme discriminatorie possono essere giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica".

Il campo di applicazione delle deroghe di conseguenza non può essere esteso ad ipotesi diverse da quelle tassativamente menzionate ed in particolare, ai sensi di una consolidata giurisprudenza, tali eccezioni non possono essere giustificate da motivazioni di carattere economico⁹¹. Ulteriormente la previsione della possibilità per le autorità nazionali di invocare tali ragioni di deroga non può essere considerata come l'attribuzione di una competenza esclusiva agli Stati membri in materia di ordine pubblico o di sanità, ma solo come uno strumento per valutare la legittimità di una normativa nazionale contraria al diritto UE alla luce delle esigenze singolarmente prefigurate dal Trattato⁹².

L'utilizzo di una deroga prevista dal diritto primario, così come avviene per le ragioni imperative individuate dalla giurisprudenza, deve avvenire in conformità ad un generale principio di proporzionalità⁹³. Ne deriva che l'esercizio della facoltà di frapporre una restrizione ad una libertà economica fondamentale deve essere obbligatoriamente limitato a quanto sia strettamente necessario al perseguimento dello scopo invocato⁹⁴. La misura restrittiva, oltre ad essere efficace per raggiungere l'interesse generale, deve quindi costituire il mezzo utilizzabile meno afflittivo della libera circolazione transfrontaliera. Il test di proporzionalità si è diversamente declinato nel corso dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, dividendosi progressivamente in un controllo di adeguatezza (il contributo della misura al perseguimento di un interesse statale), di necessità (la misura non deve andare al di là di quanto richiesto per il raggiungimento del suo scopo) e di proporzionalità in senso stretto (il bilanciamento dei diversi interessi in conflitto)⁹⁵.

In ragione della natura vaga ed indeterminati dei concetti di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica ed esercizio di pubbliche funzioni, risulta utile precisare la portata delle relative deroghe alla luce della giurisprudenza comunitaria.

⁹¹ CGUE, 29 aprile 1999, *Ciola*, C-224/97, punto 16.

⁹² In questo senso TESAURO G., op. cit., p. 450.

⁹³ Si è altresì evidenziato come “*la Cour semble aujourd’hui prendre davantage en compte les préoccupations des Etats*”, utilizzando il criterio di proporzionalità come strumento “*afin de dépasser les réticences politiques en matière de libéralisation du commerce des services*” (BIANCO G., RAGUES G., *La Cour de justice et la libre prestation de services: entre proportionnalité et droits fondamentaux*, STALS Research Paper N. 1/2012, p. 3, secondo il quale “*Alors que la jurisprudence s’était tout d’abord concentrée sur la définition des restrictions et de leur justification, elle semble se focaliser aujourd’hui sur l’appréciation de la proportionnalité des mesures restrictives prises par les Etats*”).

⁹⁴ Sulla possibilità di invocare ragioni di ordine pubblico per impedire ai consumatori di cannabis provenienti da un altro Stato membro di accedere, in quanto destinatari di servizi, ai coffeshops presenti nella città di Maastricht, vedasi CGUE, 16 dicembre 2010, *Josemans*, cit., ove la Corte ha riconosciuto che “*provvedimenti restrittivi della libera prestazione dei servizi possono essere giustificati dall’obiettivo volto alla lotta al turismo della droga soltanto se essi sono idonei a garantire la realizzazione di tale obiettivo e non eccedono quanto necessario per conseguirlo*” (p. 69). Più precisamente una misura restrittiva “*può essere considerata idoneo a garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito solo se risponde realmente all’intento di raggiungerlo in modo coerente e sistematico*” (p. 70).

⁹⁵ Per questa impostazione nuovamente BIANCO G., RAGUES G., op. cit., p. 7, che evidenzia come “*la systématisation du contrôle de proportionnalité en un test comportant trois parties bien distinctes n’est que schématique*”, essendosi più volte il giudice comunitario riferito a tale test con menzioni diverse e non sempre coerenti (ad esempio il c.d. test di necessità è stato altresì definito come test dell’ostacolo minimale, di interscambiabilità delle misure o di sostituibilità). Nello stesso senso ROSENFELD M., *Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, Cardozo Legal Studies Research Paper No. 157, mai 2006, p. 5: “*the ECJ appears to be rather ambiguous as regards application. In fact there is no single formula the Court systematically and consistently uses in its proportionality review*”.

a) L'ordine pubblico

L'ordine pubblico, stante il carattere indeterminato della nozione, può garantire agli Stati membri ampia discrezionalità nell'invocare la protezione di un interesse che essi ritengono essenziale per la propria collettività. Di conseguenza l'adozione di una concezione lata di ordine pubblico ed il conferimento agli Stati membri del potere di determinare unilateralmente la portata di tale nozione costituiscono un importante filtro alla forza espansiva del diritto comunitario ed una barriera che le autorità nazionali possono frapporre alla circolazione dei servizi nel mercato interno.

Sebbene gli Stati membri restino sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali, le esigenze dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, la possibilità per uno Stato membro d'usufruire d'una deroga prevista dal Trattato non esclude il controllo giurisdizionale delle misure di applicazione di tale deroga. A tal fine si è stabilito che l'ordine pubblico quale deroga ad una libertà fondamentale debba essere interpretato in senso restrittivo⁹⁶ e possa quindi essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività⁹⁷.

La Corte ha altresì dimostrato di essere cosciente della diversa portata, sia in termini geografici che temporali, del concetto di ordine pubblico nelle tradizioni socio-culturali degli Stati membri, accordando *“un certo potere discrezionale entro i limiti imposti dal Trattato”*⁹⁸ alle autorità nazionali competenti a definire tale nozione negli ordinamenti interni.

Le deroghe previste dal Trattato alle libertà fondamentali devono inoltre rispondere ad un criterio di proporzionalità⁹⁹. In tal senso, la Corte non ha ritenuto che la proporzionalità di una misura restrittiva emanata da uno Stato membro possa essere ricavata dalla mera corrispondenza della deroga ad una concezione di fatto condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela dell'interesse legittimo in causa. Al contrario la proporzionalità delle disposizioni restrittive adottate non può essere esclusa per il solo fatto che uno Stato membro abbia scelto un regime di tutela diverso da quello adottato da un altro Stato membro¹⁰⁰. La Corte, rettificando parzialmente la

⁹⁶ In particolare la Corte ha avuto modo di precisare che tale giustificazione *“la nozione di "ordine pubblico" nel contesto comunitario e, in particolare, in quanto giustificazione di una deroga alla libertà di prestazione dei servizi dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie* (CGUE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*, punto 30)

⁹⁷ CGUE, 21 gennaio 2010, C- 546/07, *Commissione c. Germania*, punto 49 e giurisprudenza ivi richiamata.

⁹⁸ CGUE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*, p. 31.

⁹⁹ In tal senso *“misure restrittive della libera prestazione dei servizi possono essere giustificate da motivi connessi con l'ordine pubblico solo ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che mirano a garantire e solo a condizione che tali obiettivi non possano essere conseguiti con provvedimenti meno restrittivi”* (Ibidem, p. 36).

¹⁰⁰ CGUE, 14 ottobre 2004, *Omega*, cit., punto 37, ove la Corte ha considerato la dignità umana come parte integrante dell'ordine pubblico, classificandola tra i diritti fondamentali inclusi nei principi generali di cui l'ordinamento comunitario garantisce il rispetto, non richiedendosi tuttavia una concezione condivisa della nozione tra Stati membri per autorizzare una restrizione alla circolazione transfrontaliera nel mercato interno, potendo tale nozione

propria giurisprudenza, al fine di restringere le misure restrittive ad una libertà fondamentale giustificate tramite il ricorso all'ordine pubblico, ha progressivamente ritenuto che tale nozione non possa essere invocata unilateralmente in base alla sensibilità politica e sociale di un singolo Paese membro, ma per legittimare un ostacolo agli scambi deve attenere ad una minaccia avente natura condivisa in ambito europeo¹⁰¹.

b) La Pubblica sicurezza

Per quanto concerne la pubblica sicurezza possono sostanzialmente ritenersi valide le medesime considerazioni sopra-riportate relativamente all'ordine pubblico, stante la natura complementare ed affine delle due nozioni. Nuovamente quindi anche l'esigenza di salvaguardare la pubblica sicurezza, in quanto motivo di deroga a una libertà fondamentale, deve essere intesa in senso restrittivo, al fine d'evitare che la sua portata non possa essere determinata unilateralmente senza il controllo delle istituzioni comunitarie. Pertanto, la pubblica sicurezza, come l'ordine pubblico, può risultare un legittimo motivi di giustificazione di una misura restrittiva degli scambi, solo in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività¹⁰². Si può indubbiamente ritenere che la pubblica sicurezza costituisca una ragione di deroga residuale rispetto all'ordine pubblico, come confermato dall'esiguo numero di casi ove gli Stati membri hanno invocato tale pubblico interesse per giustificare una restrizione alle libertà fondamentali. Tuttavia la Corte di giustizia, nonostante la natura apparentemente sussidiaria della nozione, non ha esitato, in cause piuttosto isolate e peraltro datate, ad attribuirgli una dimensione autonoma e distinta, considerando nello specifico non pertinente una giustificazione fondata sull'ordine pubblico¹⁰³.

c) La Sanità pubblica

Gli Stati membri possono limitare l'ingresso di prestatori e destinatari di servizi sul proprio

variare da uno Stato membro all'altro secondo i rispettivi orientamenti d'ordine morale o culturali diversamente apprezzati dalle autorità nazionali grazie al margine di discrezionalità loro riconosciuto in tal senso dalla Corte.

¹⁰¹ CGUE, 16 dicembre 2010, *Josemans*, cit., in merito alla compatibilità della libera prestazione dei servizi con una politica pubblica di lotta al turismo della droga in un Paese come l'Olanda che conosce forme di vendita legale degli stupefacenti, la Corte di giustizia ha ritenuto che la prevenzione del consumo possa costituire una legittima ragione che giustifica una limitazione ad una libertà fondamentale, essendo direttamente collegata “*sia al mantenimento dell'ordine pubblico sia alla tutela della salute dei cittadini, e ciò a livello tanto degli Stati membri quanto dell'Unione*” (punto 65).

¹⁰² 17 luglio 2008, *Commissione c. Spagna*.

¹⁰³ CGUE, 10 luglio 1984, C-72/83, *Campus Oil Limited*, punto 33, in materia di libera circolazione delle merci, ove la Corte aveva effettivamente riconosciuto che “*l'interruzione delle forniture di prodotti petroliferi e i rischi che ne derivano per l'esistenza dello stato possono pertanto compromettere gravemente la pubblica sicurezza*” (punto 34). In particolare in tale ambito la Corte, superando il classico divieto di frapporre motivazioni d'ordine economico al funzionamento del mercato interno, aveva ritenuto che “*lo scopo di garantire una fornitura minima costante di prodotti petroliferi trascenda le considerazioni di carattere puramente economico e possa quindi rientrare nella nozione di pubblica sicurezza*” (punto 35).

territorio al fine di salvaguardare la salute collettiva della popolazione ed in particolare di evitare interferenze nella gestione ed organizzazione della politica sanitaria nazionale¹⁰⁴.

Nel bilanciamento tra interesse generale e funzionamento del mercato interno la Corte di giustizia ha riconosciuto che, al fine di tutelare il proprio sistema di fornitura di prestazioni sanitarie dall'ingerenza delle libertà di circolazione dei servizi, gli Stati membri possano fare ricorso sia alla deroga espressamente prevista dal Trattato, sia alle ragioni imperative di interesse generale¹⁰⁵. Nuovamente viene confermata anche in tale ambito l'interscambiabilità delle ragioni giustificative di una restrizione alla disciplina comunitaria che impone agli Stati membri di garantire la circolazione dei fattori produttivi nel mercato interno.

d) L'esercizio di pubblici poteri

Relativamente all'esercizio di pubblici poteri l'articolo 51 TFUE esclude dall'ambito applicativo della disciplina relativa alla libera prestazione di servizi ed alla libertà di stabilimento *“le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri”*. A tal fine la giurisprudenza, invece che considerare un'attività globalmente, ha preferito valutare se le singole mansioni che la compongono, ove separabili, costituiscano o meno una effettiva partecipazione, di carattere diretto e specifico, all'esercizio di poteri pubblici.

Il giudice comunitario ha precisato che la nozione di esercizio dei pubblici poteri, costituendo una deroga alle libertà fondamentali *“deve essere interpretata in maniera che la sua portata si limiti a ciò che è strettamente necessario per tutelare gli interessi che tale disposizione permette agli Stati membri di proteggere”*¹⁰⁶.

§ 2. Le ragioni imperative di interesse generale che giustificano una restrizione indistintamente applicabile.

Ulteriori motivazioni che, limitatamente alle misure non discriminatorie nella forma (ergo misure

¹⁰⁴ Tale ragione di deroga, in base ad una consolidata giurisprudenza, consente agli Stati membri di limitare la libera prestazione dei servizi medici e ospedalieri *“qualora la conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale sia essenziale per la sanità pubblica, o addirittura per la sopravvivenza della propria popolazione* (CGUE, 5 ottobre 2010, *Elchinov* cit., punto 42).

¹⁰⁵ La Corte ha ritenuto, da un lato, che la tutela dei meccanismi previdenziali che sostengono i sistemi sanitari *“possa costituire, di per sé, una ragione imperativa di pubblico interesse in grado di giustificare un ostacolo al principio della libera prestazione dei servizi”*, e, dall'altro, ha parimenti ammesso *“che lo scopo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti può rientrare parimenti in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica ex articolo 46 CE, se un siffatto obiettivo contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute”* (CGUE, 19 aprile 2007, *Stamatelaki*, cit., punti 30-31; in senso conforme, da ultimo, v. CGUE, 27 gennaio 2011, C-490/09, *Commissione contro Lussemburgo*, punto 43).

¹⁰⁶ CGUE, 24 maggio 2011, *Commissione c. Francia*, C-50/08, punto 74.

indistintamente applicabili¹⁰⁷), possono legittimare l'applicazione di un regime derogatorio alla libera prestazione dei servizi sono state progressivamente individuate nella giurisprudenza della Corte di giustizia tramite l'affermarsi delle esigenze imperative di interesse generale (c.d. "*dottrina degli ostacoli*"¹⁰⁸). Tale tecnica ermeneutica, inizialmente congegnata in materia di circolazione delle merci, ma poi rapidamente estesa a tutte le libertà che caratterizzano il mercato interno, consiste sostanzialmente nel tollerare un intralcio agli scambi sul mercato interno solo in vista della soddisfazione di peculiari esigenze imperative invocate dallo Stato membro che ha adottato la misura restrittiva¹⁰⁹. In base a tale approccio un ostacolo alla circolazione nel mercato interno può risultare giustificato nella misura in cui gli interventi restrittivi, oltre a rispondere ad una esigenza di interesse statale, corrispondano ad un generale criterio di ragionevolezza che nell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria è stato poi progressivamente configurato come un vero e proprio test di proporzionalità.

Al fine di valutarne la legittimità la Corte di giustizia sottopone quindi ad una valutazione di proporzionalità la normativa nazionale, che, seppur applicabile indistintamente a tutti gli operatori economici, rischia comunque di creare un ostacolo, anche solo potenziale, alla libera circolazione dei fattori produttivi sul territorio comunitario. A tal fine, le misure restrittive d'una libertà di circolazione devono essere necessarie per il raggiungimento dello scopo di interesse generale perseguito, nel senso che non deve esistere una misura meno restrittiva tramite la quale sia possibile raggiungere il medesimo risultato perseguito dalla norma interna.

Secondo tale approccio non è possibile derogare al principio della libera circolazione dei servizi nel mercato interno se non quando tali condizioni siano cumulativamente soddisfatte ed a condizione che l'interesse generale invocato dallo Stato membro ospitante non sia di per sé realizzato in misura equivalente dalla disciplina cui è sottoposto il prestatore nel proprio Paese di origine.

¹⁰⁷ Si rammenti che una misura indistintamente applicabile avente portata restrittiva nei confronti di una libertà fondamentale è ammissibile anche alla luce delle deroghe previste dal Trattato, pur preferendo la Corte di giustizia, ove possibile, giustificarne la sussistenza alla luce delle esigenze imperative. In tal senso si è ritenuto che ove un ostacolo di carattere non discriminatorio alla libera prestazione di servizi sia oggettivamente giustificato da motivi imperativi di interesse generale, non risulti quindi "*necessario stabilire se taluni di tali motivi rientrano [...] nella nozione di ordine pubblico*" (CGUE, 18 novembre 2010, C-458/08, *Commissione c. Polonia*, punto 89).

¹⁰⁸ Per questa definizione NOGLER L., *Introduzione al mercato unico delle attività autonome*, in NOGLER L., *Le attività autonome*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 36.

¹⁰⁹ CGUE, 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe Zentral*. Tale giurisprudenza, meglio conosciuta come *Cassis de Dijon*, stabiliva, in assenza di armonizzazione in ambito comunitario, la competenza dello Stato di origine della merce nella disciplina della produzione e della commercializzazione dei fattori produttivi in modo tale che potesse circolare liberamente in tutto il territorio comunitario il prodotto che fosse conforme a quanto richiesto dalla regolamentazione vigente nel Paese di origine, con la sola possibilità di opporre determinati adempimenti che fossero giustificati da ragioni imperative di interesse generale non altrimenti soddisfabili. Ai sensi di tale criterio "*un prodotto legittimamente commercializzato in un Paese membro deve poter essere importato e commercializzato anche negli altri Stati membri e senza intralci*" (TESAURO G., op. cit., p. 438). Tale principio del mutuo riconoscimento e dell'equivalenza venne progressivamente adattato ed esteso al processo globale di liberalizzazione del mercato interno quale nuova procedura sistematica fondata sulla fiducia reciproca nei controlli effettuati dagli Stati membri su beni e servizi provenienti dal proprio territorio, evitando al contempo ogni esigenza di ulteriore armonizzazione, se non in negativo, delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri.

A differenza delle riserve di ordine pubblico previste dal diritto primario le ragioni imperative di interesse generale non costituiscono, perlomeno dal punto di vista formale, delle deroghe alle disposizioni del Trattato, ma circoscrivono l'ambito applicativo delle libertà economiche, limitando le ipotesi ove possono essere invocate. Nel caso delle ragioni imperative di interesse generale va infatti valutato se la misura restrittiva persegua uno scopo di interesse generale che possa legittimamente costituire un limite intrinseco prevalente sulle esigenze del mercato interno¹¹⁰.

Appurato che una disposizione nazionale può “*ostacolare, vietare o rendere meno attraenti le attività del prestatore*”¹¹¹ in ragione della cittadinanza, del luogo di stabilimento o della residenza, occorre verificare l'eventuale opposizione di ragioni od esigenze imperative connesse all'interesse generale, che potrebbero giustificare la legittimità di una legislazione nazionale altrimenti restrittiva della libertà di circolazione.

La Corte di giustizia tende progressivamente ad ampliare a dismisura le ragioni meritevoli di tutela (*l'interesse generale*) che possono astrattamente scusare restrizioni alla libera circolazione dei servizi: a titolo di esempio, vista la difficoltà di redigere una lista esaustiva, possiamo menzionare la necessità di proteggere i destinatari della prestazione, la tutela dell'ordine sociale, l'efficacia dei controlli fiscali, la lotta contro la criminalità e la frode, la protezione dell'ambiente e della salute, la tutela dei consumatori¹¹². A riguardo si è sottolineato come in via generale “*any good policy reason that is not discriminatory or purely economic is acceptable*”¹¹³.

Individuata la sussistenza di un'interesse generale valido occorre quindi operare una valutazione della ragionevolezza e della proporzionalità della misura nazionale al fine di sondarne l'idoneità e la necessità, onde verificare se la misura restrittiva sia in grado di raggiungere lo scopo perseguito, senza essere eccessiva rispetto all'interesse generale da salvaguardare e se non sia possibile applicare misure ugualmente efficaci rispetto allo scopo perseguito, ma di minore ostacolo alla libertà di circolazione. Di fatto spetta al giudice nazionale stabilire se il legislatore dello Stato membro avrebbe potuto ricercare un mezzo meno invasivo nei confronti della libertà fondamentale comunitaria. Compete inoltre sempre al giudice di diritto comune stabilire, tramite un calcolo dei costi e dei benefici da effettuarsi caso per caso, se il legittimo obiettivo perseguito potesse essere altrimenti raggiunto e se la misura sia da ritenersi adeguata rispetto all'interesse che lo Stato intende proteggere¹¹⁴.

¹¹⁰ In questo senso TESAURO G., op. cit., p. 441.

¹¹¹ CGUE, 18 luglio 2007, C-490/04, *Commissione c. Germania*, punto 63.

¹¹² Relativamente alle merci, ai sensi della sovramenzionata sentenza *Cassis de Dijon* le esigenze imperative che giustificazione un ostacolo alla circolazione intracomunitaria attengono “*all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori*”(p. 8). Per una lista maggiormente completa, ma non esaustiva, delle ragioni imperative di interesse generali individuate dalla Corte, vedasi la direttiva servizi, considerando n. 40.

¹¹³ CHALMERS D., MONTI G., DAVIES, op. cit., p. 803.

¹¹⁴ A titolo di esempio vedasi quanto sostenuto nella sentenza CGUE, 5 dicembre 2006, *Cipolla*, cit, punto 30, relativamente alla tutela, da un lato, dei consumatori, e, dall'altro, della buona amministrazione della giustizia, che, a detta del giudice comunitario, costituiscono obiettivi che rientrano tra quelli che possono essere ritenuti motivi

Di particolare interesse ai nostri fini appare il conferimento ai giudici nazionali dello Stato ospitante di una ampia discrezionalità nell'amministrare nella pratica risultati ed effetti del test di proporzionalità nell'ordinamento interno. In particolare in determinati settori (quali il gioco d'azzardo¹¹⁵) ove il test di necessità ha un carattere particolarmente flessibile, viene attribuito ai giudici nazionali la facoltà di stabilire se accettare o duplicare i controlli effettuati dal Paese di origine del prestatore, determinando di fatto l'eventuale proporzionalità della misura interna adottata dal proprio Stato membro di appartenenza (il Paese ospitante). In tal senso quindi le giurisdizioni di diritto comune svolgono un ruolo fondamentale nell'individuazione della legislazione applicabile ai prestatori transfrontalieri, potendo di fatto stabilire se quest'ultimi possano esseri ammessi all'esercizio della relativa attività in base alle stesse norme che li autorizzano nel Paese di origine o se al contrario debbano piuttosto adattarsi ad una legislazione di diritto interno che in base alla loro valutazione persegua un interesse di carattere generale in modo proporzionato. In sintesi l'ultima parola sull'applicazione pratica del principio del Paese di origine ad un caso concreto potrebbe quindi spettare al giudice nazionale cui compete decidere se l'operatore proveniente da un altro Paese membro debba o meno essere sottoposto ad una duplicazione di controlli e requisiti già soddisfatti nello Stato di provenienza.

imperativi di interesse pubblico in grado di giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi “*alla duplice condizione che il provvedimento nazionale di cui si discute nella causa principale sia idoneo a garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito e non vada oltre quanto necessario per raggiungere l’obiettivo medesimo*” (punto 64). Tale valutazione spetta al giudice del rinvio cui compete “*determinare se, nella causa principale, la restrizione della libera prestazione dei servizi creata dalla normativa nazionale rispetti tali condizioni*” (punto 65).

¹¹⁵ A titolo di esempio in materia di scommesse ippiche CGUE, 30 giugno 2011, *Zeturf*, cit., ove la Corte ha ripetuto reiteratamente (punti 43, 47, 50, 70, 72, 83) che compete al giudice nazionale determinare se i controlli e le autorizzazioni soddisfatte dall'operatore transfrontaliero nel proprio Paese membro di stabilimento siano o meno compatibili con la disciplina interna del Paese ospitante (cui peraltro il giudice di diritto comune appartiene).

Sezione III. Libera prestazione, Mutuo riconoscimento ed Equivalenza: un approccio in favore dell'integrazione e del Principio del Paese di origine

Come sovra-delineato l'applicazione ai prestatori provenienti da un altro Stato membro della normativa del Paese ospitante solo quando sussiste una restrizione giustificata alla libera prestazione dei servizi. Tuttavia anche ove il giudice nazionale riconosca la proporzionalità della misura restrittiva della libera circolazione rispetto all'interesse pubblico perseguito, risulta altresì necessario valutare se la legislazione soddisfatta dal prestatore nel proprio Paese di origine non possa essere ritenuta equivalente a quella cui dovrebbe adattarsi nel Paese ospitante.

Si prospetta quindi in tal caso un ritorno ad un modello di *Home state control*: nei paragrafi che seguono sarà nostro compito dimostrare come i principi del trattamento nazionale (§1), dell'equivalenza e del mutuo riconoscimento (§ 2) , e la relativa interpretazione ed applicazione che ne fa la Corte di giustizia, confermino una preferenza da parte dell'ordinamento giuridico comunitario per l'applicazione della disciplina del Paese di origine del prestatore (§ 3).

§ 1. Il diritto primario tra regola del trattamento nazionale, principio di non discriminazione e clausola di libera prestazione

Il principio del pari trattamento nazionale rappresenta l'esemplificazione dell'approccio dei padri fondatori nei confronti del collegamento tra libera prestazione dei servizi e normativa nazionale che dovrà disciplinare il rapporto contrattuale tra operatore economico e destinatario del servizio.

L'opzione indicata dal diritto primario, perlomeno ad una lettura disarticolata e non teleologicamente orientata del Trattato, risulta apparentemente indirizzata a favore dell'applicazione della normativa dello Stato membro ove il prestatore svolge a titolo temporaneo la propria attività (*Host State Control*). In tal senso si esprime la clausola di non discriminazione o principio del trattamento nazionale, prevedendo che ai prestatori transfrontalieri di servizi sia assicurato il medesimo trattamento (letteralmente “*alle stesse condizioni*¹¹⁶”) imposto ai propri cittadini nazionali da parte dello Stato ospitante. L'obbligo di sopprimere ogni misura discriminatoria, uniformando il trattamento del prestatore transfrontaliero alle condizioni imposte agli operatori economici, cittadini o residenti dello Stato ospitante, avrebbe consentito agli Stati membri di estendere integralmente la propria legislazione nei confronti dei cittadini di altro Paese membro che

¹¹⁶ Ai sensi dell'articolo 57 TFUE si prevede che il prestatore possa operare nello Stato membro dove la prestazione deve essere fornita “*alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini*”.

intendessero esercitare sul territorio nazionale la propria attività di servizi a titolo occasionale.

L'intenzione stessa dei redattori del Trattato non va tuttavia ricercata nella volontà di garantire agli Stati membri un regime giuridico protezionistico, quanto piuttosto nella finalità antidiscriminatoria posta a tutela del prestatore, così da evitare che il Paese ospitante preveda una diversa regolamentazione a disciplina della medesima attività, differenziandone l'applicazione a seconda che il prestatore di servizi sia o meno stabilito sul territorio nazionale¹¹⁷.

Anche un'analisi letterale della norma ribadisce comunque tale interpretazione: non esiste, infatti, a carico del prestatore un obbligo generale di conformarsi alla legislazione dello Stato membro ospitante, ma una mera facoltà (non “*deve*”, ma “*può*” esercitare alle stesse condizioni). Di conseguenza è altrettanto assicurata dallo stesso diritto primario la possibilità di fornire una prestazione in uno Stato membro diverso da quello di stabilimento, limitandosi a rispettare la sola normativa del Paese di origine¹¹⁸. Corrispettivamente e consequenzialmente non potrà riconoscersi agli Stati membri il diritto di imporre ai prestatori che offrano occasionalmente i propri servizi sui rispettivi territori la conformità alla legislazione nazionale applicabile agli operatori economici stabiliti ed integrati nel mercato interno che svolgano la medesima attività o un'attività simile.

La conferma che la soluzione da parte del diritto primario a favore di un modello di *host state control*, per cui all'operatore di servizi si potrebbe applicare la legge del Paese ospitante, costituisca non la regola, bensì l'eccezione, trova definitivo suggello dal coordinamento di tale norma di non discriminazione *ex* articolo 57 TFUE con la disposizione di cui all'articolo 56 del medesimo Trattato.

La suddetta clausola di libera prestazione, vietando ogni restrizione alla circolazione comunitaria di servizi, finisce per configurare una regola materiale ai sensi della quale lo Stato ospitante si ritrova in pratica costretto ad accettare l'applicazione della legge nazionale che ha autorizzato l'operatore economico a svolgere la propria attività nel Paese di origine¹¹⁹.

Il divieto della sussistenza di ostacoli che possono scoraggiare il pieno godimento della libera prestazione di servizi comporta la necessità di valutare caso per caso, se l'eventuale applicazione della legge prevista dallo Stato membro d'esecuzione dell'attività non possa rivelarsi foriera di una restrizione alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione. Per sua stessa natura un

¹¹⁷ In questo senso la stessa Corte di giustizia ha avuto modo di specificare come tale norma di non discriminazione non comporti che “*qualsiasi disciplina nazionale che si applichi ai cittadini di tale Stato e si riferisca normalmente ad un'attività permanente delle imprese stabilite in tale Stato possa essere integralmente applicata anche ad attività di carattere temporaneo esercitate da imprese aventi sede in altri Stati membri*”, confermando come lo scopo dichiarato della disposizione sia quello di “*rendere possibile al prestatore di servizi l'esercizio della propria attività nello Stato membro destinatario della prestazione, senza alcuna discriminazione nei confronti dei cittadini di tale Stato*” (CGUE, 17 dicembre 1981, *Webb*, cit., punto 16).

¹¹⁸ Di segno opposto, BANO F., op. cit., p. 75, ritiene che il principio di pari trattamento costituisca solo un formale ossequio al generale dovere di eguaglianza, rivelandosi sostanzialmente una garanzia protezionistica a favore dello Stato di esecuzione del servizio, con conseguente applicazione del modello di *host state control*.

¹¹⁹ Così PERUZZETTO S. P., *Pluralité des méthodes pour la diversité des normes, l'exemple de la directive service*, in DUBOS O., KAUFFMANN P., op. cit., p. 46.

giudizio fondato sulle restrizioni, anziché sulle discriminazioni, determina un ampliamento della sfera di sindacabilità delle misure nazionali che possono creare un ostacolo, anche solo potenziale ed indiretto, alla libera circolazione dei servizi nel mercato unico, con conseguente ulteriore riduzione delle ipotesi di applicazione di un modello di *host state control*. L'affermazione infatti del carattere restrittivo di una disposizione del Paese ospitante comporta l'illegittimità della stessa (ove non giustificata e proporzionata), e per l'effetto, la sua disapplicazione con relativa riespansione della normativa dello Stato di origine.

I contorni del Principio del Paese di origine dunque, diversamente da altri principi di natura giurisprudenziale, paiono già, a tratti, delinarsi nell'ambito del diritto dei Trattati, come se la regola del Paese di origine sia sostanzialmente inerente alla libera prestazione dei servizi, in ragione della natura stessa di tale libertà di circolazione¹²⁰.

§ 2. I principi dedotti dalla giurisprudenza: equivalenza e Mutuo riconoscimento

In caso sia effettivamente constatata la sussistenza di un ostacolo capace di intralciare la libera circolazione dei servizi nel mercato interno e non venga ravvisata la presenza di alcuna ragione che possa legittimamente giustificare tale restrizione, il giudice nazionale deve attivarsi per la disapplicazione della norma nazionale confliggente con il diritto comunitario. In tali situazioni, vista la relativa presunzione d'incompatibilità della misura interna con la libera prestazione dei servizi, occorre individuare un regime giuridico alternativo che possa sopperire al vuoto di tutela nei confronti del prestatore transfrontaliero. Il mercato unico europeo infatti, ed in particolare quello dei servizi, lasciando sussistere una pluralità di legislazioni nazionali applicabili, necessita di un coordinamento tra le stesse.

Il giudice comunitario per risolvere il problema della legislazione applicabile ha preso in prestito il principio del mutuo riconoscimento dalla libera circolazione delle merci¹²¹, adattandolo al settore dei servizi, sul presupposto della ricerca di un'equivalenza tra la norma dello Stato di origine e

¹²⁰ Nel medesimo senso ed in modo apertamente esplicito, a conferma della possibilità di rinvenire una "primitiva" base giuridica del principio del Paese di origine nel diritto primario, le conclusioni dell'avvocato generale Christine Stix-Hackl presentate il 18 marzo 2004 a margine della causa *Omega*, cit., ove per respingere l'applicazione della legge dello Stato di stabilimento del destinatario si fa riferimento, prima ancora che a precedenti giurisprudenziali, "*al principio del Paese d'origine di cui all'articolo 49 CE*". Si è altrove sostenuto che tale principio abbia un'origine invece recente, e quindi non autonoma, derivando per eterogenesi dal più generale principio del mutuo riconoscimento sviluppato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (NEAL, *The Country of Origin Principle and Labour Law in the Framework of the European Social Model*, in R. BLANPAIN (a cura di), *The Laval and Viking Cases: Freedom of Services and Establishment V. Industrial Conflict in the European Economic Area and Russia*, Kluwer Law International, 2009, p. 54).

¹²¹ Come già evidenziato, il principio del mutuo riconoscimento trova la sua genesi nel settore delle merci sul fondamento dell'equivalenza sostanziale tra prescrizioni tecnico-qualitative previste in ambito nazionale, salvo poi estendersi successivamente all'intero mercato unico, adattandosi anche al settore dei servizi al fine di garantire che ogni operatore economico legalmente stabilito in uno Stato membro possa offrire e prestare i propri servizi sull'insieme del territorio comunitario, senza che tale capacità effettivamente "*riconosciuta*" dal Paese ospitante sia sottoposta ad ulteriori limiti oltre alle eccezioni previste dalla norma costitutiva di tale libertà di circolazione.

quella dello Stato ospitante, tramite una valutazione comparativa di tipo discrezionale affidata alle giurisdizioni dello Stato di destinazione. Ove si accerti la sussistenza dell'equivalenza, il regime di circolazione è quello proprio dello Stato di origine, evitando così irrazionali duplicazioni regolative. La normativa nazionale dello Stato ospitante potrà trovare applicazione solo ove, oltre a perseguire in modo proporzionato un interesse legittimo di tutela, assicuri un effettivo vantaggio nei confronti dei prestatori transfrontalieri, offrendo loro una forma di tutela maggiormente efficace rispetto a quella prevista nello Stato membro di origine.

In base al principio di equivalenza, l'interesse pubblico generale che giustifica la restrizione opposta dal Paese ospitante alla libera prestazione dei servizi non deve essere egualmente tutelato dalla legislazione dello Stato membro di origine dell'operatore economico¹²². In tal caso lo Stato membro di esecuzione della prestazione deve obbligatoriamente riconoscere mutualmente la normativa che ha ammesso il prestatore all'esercizio dell'attività nel Paese membro di origine.

Appare dunque necessario operare un confronto tra i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali al fine di stabilire se esista un rapporto di identità tra le norme relative: in caso si riscontri l'esistenza di un doppio regime, la giustificazione addotta dallo Stato membro ospitante per motivare l'ostacolo alla libera circolazione nel mercato interno è da ritenersi illegittima, in quanto una duplicazione degli obblighi comporterebbe una disparità concorrenziale nei confronti del prestatore transnazionale. In tale ipotesi la regola di accesso al mercato ritorna ad essere fondata su un sistema di *home state control* con conseguente applicazione della norma dello Stato membro di origine, secondo il modello mutuato dal principio del mutuo riconoscimento, ai sensi del quale le autorità dello Stato membro di destinazione del fattore produttivo devono riconoscere i controlli già effettuati dalle autorità del Paese di provenienza ed i requisiti già ivi soddisfatti dal prestatore.

L'applicazione pratica del criterio dell'equivalenza funzionale ha sollevato numerose critiche spesso impiegate sulla mancanza di conoscenza degli istituti previsti dal diritto straniero e sulla difficoltà dell'analisi comparativa tra sistemi giuridici e relativi "*livelli complessivi di protezione*"¹²³. La verifica di tale equipollenza spetta al giudice nazionale cui compete affrontare caso per caso la comparazione tra le forme di tutela garantite dalle diverse normative interne, nonostante la Corte di giustizia non si sia spesso limitata a rimandare la questione al collega di diritto comune, ma abbia contribuito alla risoluzione della stessa fornendo indicazioni spesso vincolanti per il giudice del rinvio in merito ai criteri da prendere in esame ai fini della valutazione di equivalenza¹²⁴.

L'operatività del Paese di destinazione del servizio risulta quindi fortemente mitigata dal divieto del

¹²² CHALMERS D., MONTI G., DAVIES, op. cit., p. 803, ove si precisa che "*the imposition of national laws on services providers is not justified where the interest concerned is protected by legislation in the state of establishment*".

¹²³ GIUBBONI S. e ORLANDINI G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 217.

¹²⁴ In materia di utilizzo di manodopera dipendente nell'ambito di una prestazione di servizi (precedentemente all'adozione della direttiva 96/71/CE sul distacco) CGUE, 15 marzo 2001, *Mazzoleni*, cit., punto 39.

doppio regime (imposizione normativa dello Stato di stabilimento e dello Stato di prestazione) inteso in senso favorevole al prestatore, che obbliga le autorità competenti a “*riconoscere*” le condizioni previamente imposte al prestatore per l'esercizio dell'attività nel Paese di origine, in modo tale che una prestazione transfrontaliera di servizi non venga assoggettata ai controlli maggiormente rigidi ed onerosi previsti per chi esercita l'attività in modo permanente o nell'ambito del regime relativo alla libertà di stabilimento. Infatti, imporre al prestatore transfrontaliero le condizioni aggiuntive applicabili agli operatori economici nazionali ed ai soggetti che si spostano nel mercato interno usufruendo della libertà di stabilimento, significherebbe snaturare il concetto stesso di libera prestazione di servizi, privando le norme del Trattato ad esse riferite di qualsiasi effetto utile¹²⁵.

§ 3. Portata ed effetti dei principi: verso l'affermazione esplicita del principio del Paese di origine

L'introduzione dei principi del mutuo riconoscimento e dell'equivalenza nell'alveo dell'intero mercato interno si pongono come limite all'applicazione della dottrina degli ostacoli ed alla relativa facoltà degli Stati membri di frapporre legittimamente restrizioni alla circolazione transfrontaliera dei servizi.

La preferenza in favore del Principio del Paese di origine viene sostanzialmente confermata, giustificandosi un ostacolo nell'accesso al mercato dei prestatori transfrontalieri da parte dello Stato membro di destinazione, solo ove sussistano ragioni imperative di interesse generale o le deroghe previste dai Trattati, che, in quanto eccezioni ad una libertà fondamentale la Corte interpreta restrittivamente¹²⁶.

La stessa uguaglianza di trattamento non può giustificare l'integrale estensione nei confronti del prestatore transfrontaliero di servizi della normativa che regola l'esercizio della professione per gli operatori economici nazionali che svolgono la medesima attività, pena lo svilimento della libera prestazione dei servizi e del suo carattere distintivo rispetto alla libertà di stabilimento¹²⁷.

Il criterio di equivalenza imponendo, quale condizione essenziale per giustificare un ostacolo alla

¹²⁵ In questo senso, CGUE, *Säger*, cit., punto 13.

¹²⁶ Tale complesso sistema di pesi e contrappesi è stato efficacemente sintetizzato nella giurisprudenza che l'ha partorito ai sensi della quale “*la libera prestazione dei servizi [...] può venire limitata solo da norme giustificate dal pubblico interesse e obbligatorie nei confronti di tutte le persone e le imprese che esercitano la propria attività sul territorio di tale Stato, nella misura in cui tale interesse non risulti garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito*” (CGUE, 17 dicembre 1981, *Webb*, cit., punto 17. In senso conforme più recentemente CGUE, 18 dicembre 2007, *Laval*, cit., punto 108 e CGUE, 7 ottobre 2011, *Santos Palhota*, cit., punto 50).

¹²⁷ In questo senso si è esemplificato: “*if a company chooses to establish in a State X it is reasonable that in principle it should comply fully with the regulation of X. However, if it is merely providing temporary services in X, then full compliance with the laws of X will almost always be a disproportionate demand*” CHALMERS D., MONTI G., DAVIES, op. cit., p. 804.

libertà di circolazione, la necessità di tenere conto “*della legislazione e delle garanzie già presentate dal prestatore di servizi per poter esercitare la propria attività nello Stato membro in cui è stabilito*¹²⁸”, ribadisce ulteriormente la predilezione per un modello di *home state control*.

In virtù del divieto di doppio regime, l'operatore economico transfrontaliero non potrà dunque essere sottoposto ad una disciplina analoga a quella già ottemperata a norma della legislazione dello Stato membro di origine, salvo appunto che quest'ultima non garantisca gli standard previsti dalla normativa del Paese di esecuzione della prestazione¹²⁹ (la quale potrà tuttavia a sua volta trovare efficacia solo ove garantisca un effettivo vantaggio e risponda ai criteri di necessità e proporzionalità dell'obiettivo perseguito tramite la misura restrittiva della libertà di circolazione).

La normativa nazionale dello Stato membro di esecuzione della prestazione, anche ove applicabile indistintamente e non potenzialmente restrittiva nei confronti della libera prestazione dei servizi, o ancora ove costituisca un ostacolo comunque giustificato alla libertà di circolazione, deve in ogni caso assicurare un effettivo vantaggio nei confronti dei destinatari della legge stessa, garantendo loro una forma di tutela aggiuntiva rispetto a quella assicurata dal Paese membro di provenienza¹³⁰.

In sintesi dunque la legge del Paese membro di origine del prestatore di servizi, intesa come normativa del luogo ove è stabilito, diviene di fatto la regola, anche nel caso in cui si riconosca che la misura dello Stato ospitante tuteli un'interesse generale, almeno nella misura in cui quest'ultimo sia soddisfatto in modo equivalente dalla normativa del Paese di provenienza del prestatore¹³¹.

Il mutuo riconoscimento combinato al principio dell'equivalenza premia di fatto dunque l'applicazione della legislazione dello Stato di origine e favorisce l'integrazione tra Paesi membri, stimolando le rispettive autorità amministrative nazionali ad una coordinata collaborazione fondata appunto sulla fiducia nella correttezza della legislazione e dei controlli operati dal proprio Vicino comunitario, in coerenza con il principio generale di leale cooperazione *ex* articolo 4 TUE.

¹²⁸ CGUE, 17 dicembre 1981, *Webb*, cit. punto 21.

¹²⁹ Come precisato nelle conclusioni dell'avvocato generale *Mengozzi* presentate il 23/5/2007 a margine della causa *Laval*, cit., l'applicazione della legislazione dello Stato di esecuzione della prestazione presuppone che le condizioni previste dalla suddetta normativa offrano vantaggi reali che contribuiscano in modo significativo alla protezione dei destinatari e che tale protezione aggiuntiva non derivi da obbligazioni identiche o comparabili a quelle già assolte dall'operatore economico nel proprio Paese di stabilimento (p. 264 ove si sottolinea come una consolidata giurisprudenza richieda “*agli Stati membri ospitanti, e in particolare ai loro giudici, di valutare l'equivalenza o il carattere essenzialmente comparabile della tutela già offerta ai lavoratori distaccati dalla normativa e/o dai contratti collettivi nello Stato in cui ha sede il prestatore di servizi, in particolare per quanto riguarda la retribuzione ad essi riconosciuta*”).

¹³⁰ In tal senso la Corte di giustizia ha specificato che il motivo imperativo della tutela previdenziale della manodopera salariata, seppur in astratto potenzialmente rilevante, non poteva giustificare la restrizione nel caso in cui “*i lavoratori di cui trattasi usufruissero della stessa tutela o di una tutela essenzialmente comparabile, grazie ai contributi datoriali già versati dal datore di lavoro nel suo Stato membro di stabilimento*” (CGUE, 28 marzo 1996, C-272/94, *Guiot*, punto 17). In tale situazione infatti veniva imposto al prestatore transfrontaliero “*un onere economico supplementare, per cui egli non si trova su un piano di parità, dal punto di vista della concorrenza, con i datori di lavoro stabiliti nello Stato ospitante*” (punto 14).

¹³¹ “*The logic of the internal market is that as far as possible each economic actor should be subject to the law of their home state, and mutual recognition should ensure that others states recognises the adequacy of this law and permit that actor to do business on their national markets without further ado*” (CHALMERS D., MONTI G., DAVIES, op. cit., p. 804).

L'applicazione alla circolazione dei servizi di tale principio, d'immediata funzionalità pratica nell'ambito della commercializzazione delle merci¹³², ha creato talune preoccupazioni, per via delle divergenze che tuttora sussistono, in mancanza di armonizzazione, tra sistemi giuslavoristici nazionali, basati spesso sulla differente concezione dei rapporti tra capitale e lavoro e del grado di intervento statale nell'economia. Le libertà di circolazione funzionali alla creazione di un mercato interno senza frontiere presuppongono, infatti, per propria natura, l'eliminazione degli ostacoli allo spostamento dei fattori produttivi che possono derivare dalle normative nazionali, con conseguente drastica riduzione degli spazi di intervento statale nella sfera economica.

¹³² La minore efficacia dell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento con riferimento al settore dei servizi dipende sostanzialmente dalla natura stessa di tale fattore produttivo che, diversamente dalle merci, ha natura intangibile ed è caratterizzato dalla disomogeneità delle fonti regolative che lo disciplinano. Le norme nazionali in materia di attività autonome sono infatti frutto non solo della volontà statale che garantisce una maggiore uniformità di disciplina, ma anche dell'autonomia giuridica delle associazioni sindacali (come per i contratti collettivi di lavoro) o ancora degli ordini professionali (nel caso dei codici di autoregolamentazione).

Capitolo II. Il diritto derivato: alla ricerca di un compromesso tra Principio del Paese di origine e disciplina del Paese di destinazione, tra codificazione, coordinamento e tentativi di armonizzazione

L'ambizioso programma di soppressione delle restrizioni formulato nei Trattati, sebbene solo parzialmente completato, prevedeva la garanzia per il prestatore comunitario di poter circolare liberamente, offrendo i propri servizi in base all'autorizzazione ottenuta nel Paese di stabilimento, cui competeva controllare l'assolvimento dei requisiti necessari per l'esercizio dell'attività. Nello stesso senso si poneva il complesso strumento di normative di diritto derivato che avrebbe dovuto accompagnare la clausola della libera prestazione, tramite l'adozione di direttive, di fatto spesso disattesa, che contribuissero alla liberalizzazione di determinati settori professionali e soprattutto alla normalizzazione delle qualifiche professionali e dei titoli di studio in modo da coordinare, e nel lungo periodo, armonizzare le disposizioni nazionali relative all'accesso alle attività autonome ed al loro esercizio.

L'intervento della Corte di giustizia ha parzialmente supplito all'inerzia del legislatore nel disciplinare la materia della libera prestazione, contribuendo in modo essenziale all'affermazione di detta libertà economica ed alla liberalizzazione del mercato interno, tramite però un'opera di armonizzazione puramente negativa indirizzata ad eradicare le normative nazionali suscettibili di costituire un ostacolo alla circolazione delle attività di servizi. Dal momento infatti che la Corte ha enunciato la diretta applicabilità dell'obbligo di estirpare ogni forma di ostacolo alla libera circolazione dei servizi dagli ordinamenti nazionali, i programmi comunitari di liberalizzazione hanno subito un netto rallentamento, diventando le direttive *“uno strumento per agevolare la libera circolazione, non una condizione per quest'ultima”*¹³³.

In tale contesto il successivo intervento del legislatore comunitario ha permesso di procedere ad una reale armonizzazione di natura positiva tramite l'adozione, conformemente all'articolo 53 TFUE¹³⁴, di una serie di direttive *ad hoc*, inizialmente dedicate alla disciplina di settori specifici di talune professioni indipendenti, il cui esercizio in taluni Stati membri è subordinato al possesso di una formale qualifica professionale. Il sistema elaborato si fondava sul principio che lo Stato ospitante poteva limitarsi a richiedere una attestazione del legittimo svolgimento dell'attività per un periodo

¹³³ In questo senso BERARDIS G., *La direttiva generale in materia di servizi*, in BESTAGNO F., RADICATI DI BROZOLO L. G., op. cit., p.28.

¹³⁴ Nonostante la giurisprudenza creativa della Corte di giustizia, risultava, infatti, necessaria l'adozione di un quadro normativo composto di *“direttive intese al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli e al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri”* (articolo 53 TFUE) al fine di agevolare l'accesso e l'esercizio delle attività autonome.

di tempo determinato nel Paese di origine, escludendosi al contrario la previsione di ulteriori condizioni di accesso o di altri requisiti.

La maggioranza di tali direttive settoriali è stata successivamente abrogata e sostituita dalla direttiva 2005/36 che istituisce un meccanismo di riconoscimento delle qualifiche professionali¹³⁵. Tale direttiva, rafforzando l'automaticità nel riconoscimento delle qualifiche, ha codificato le precedenti direttive settoriali in un'unica normativa applicabile a tutti i cittadini comunitari che intendano esercitare come lavoratori, subordinati od autonomi, una professione regolamentata in un Paese membro diverso da quello di acquisizione del titolo professionale. In sostanza il criterio fondamentale fissato dalla direttiva consiste nel riconoscimento delle qualifiche professionali da parte dello Stato membro ospitante, consentendo in tal modo al beneficiario di accedere nel Paese di destinazione alla stessa professione per cui ha ottenuto una qualifica nello Stato membro di origine e di esercitarla alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato membro ospitante¹³⁶.

All'approccio settoriale tuttora sussistente per determinate attività¹³⁷ fa quindi da riscontro la tendenza recente ad una disciplina generale ed unitaria fondata sul riconoscimento delle qualifiche professionali e dei diplomi limitatamente alle professioni regolamentate il cui esercizio è stato subordinato al possesso di un diploma di studi post-secondario.

Il superamento di un approccio meramente settoriale ha permesso al legislatore di codificare e spesso anche correggere la giurisprudenza comunitaria tramite il ricorso a due strumenti orizzontali (la direttiva servizi e la direttiva sul distacco) che disciplinano in senso generale accesso ed esercizio delle attività di servizi. Concentreremo quindi la nostra attenzione su tali normative orizzontali, tralasciando un'analisi specifica della normativa settoriale e del sistema di riconoscimento dei diplomi e delle qualifiche, in quanto la direttiva servizi e quella sul distacco ci permettono di comprendere il compromesso ricercato dal legislatore nella definizione del regime giuridico applicabile e più generalmente nella tensione tra mercato e solidarietà.

Gli ostacoli che continuano tuttavia a persistere all'effettivo godimento della libera circolazione dei servizi ed al completamento delle lacune presenti nel mercato interno con riferimento alle attività autonome hanno convinto le istituzioni comunitarie, anche in risposta all'incessante progresso tecnologico ed alla globalizzazione delle economie¹³⁸, ad adottare un'apposita iniziativa legislativa di

¹³⁵ Direttiva 2005/36 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005 relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali (in GU n. L 255/22 del 30/09/2005). Tale direttiva è stata recentemente modificata dalla direttiva 2013/55 recante modifica della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno (in GU n. L 354 del 28/12/2014).

¹³⁶ In questo senso TESAURO G., op. cit., p. 571.

¹³⁷ L'opera di armonizzazione è proseguita in modo settoriale in materia di trasporti, di servizi finanziari, di attività legate alla società dell'informazione, di servizi audiovisivi, di avvocati, di telecomunicazioni e di commercio elettronico.

¹³⁸ Relativamente all'individuazione degli ostacoli ed alla necessità di elaborare una strategia diretta ad eliminare le restrizioni residue alla libera circolazione dei servizi, si veda la Relazione della Commissione del 30 luglio 2002 al Consiglio e al Parlamento europeo, *Lo stato del mercato interno dei servizi*, COM(2002) 441 def. La Commissione

carattere unitario che prevedesse una disciplina comune in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (**Sezione I**). Nello stesso senso si pone la trattazione di un ulteriore strumento orizzontale, la direttiva sul distacco, volta a disciplinare l'attività di quei prestatori transfrontalieri che per esercitare la propria attività spostano temporaneamente la propria manodopera subordinata nello Stato membro di destinazione del servizio (**Sezione II**). Tale legislazione di diritto derivato, sulla scia dell'interpretazione dei principi del diritto primario effettuata dalla Corte, non ha potuto esimersi dall'affrontare la questione della legislazione applicabile ai prestatori transfrontalieri. Tenteremo dunque infine di chiarire come la direttiva servizi e la direttiva sul distacco, intervenendo nuovamente sul contrasto tra espansione del diritto comunitario e prerogative degli stati membri, abbiano affrontato l'alternativa tra norma del Paese di origine e del Paese di destinazione del servizio (**Sezione III**).

ha preso in esame non soltanto i divieti, le discriminazioni palesi e le condizioni impossibili da soddisfare, ma anche tutte quelle prescrizioni nazionali che seppur apparentemente neutre, siano comunque in grado di ostacolare o rendere meno attraente l'accesso ad un attività di servizi o ancora l'esercizio della stessa.

Sezione I. Una normativa comune per tutte le attività di servizi: libera prestazione e libertà di stabilimento

La direttiva 2006/123¹³⁹ costituisce un perfetto esempio di strumento orizzontale di coordinamento dei sistemi giuridici nazionali, più che di armonizzazione¹⁴⁰, scelto proprio in virtù della necessità di affrontare un insieme di restrizioni estremamente variegato che affliggono contemporaneamente un ampio ventaglio di attività di servizi incluse nel campo di applicazione della direttiva.

L'oggetto della direttiva “servizi” concerne, nonostante la denominazione, non solo la disciplina relativa alla libera prestazione dei servizi, ma più generalmente la circolazione delle attività autonome, includendo quindi anche la regolamentazione della libertà di stabilimento. Di conseguenza le nozioni di “servizi” ed “attività di servizi” accolte nella direttiva, indipendentemente dalle concrete modalità di esercizio, hanno un significato ampio e “*vanno intese perciò come meri sinonimi di attività di carattere autonomo e non come riferite ad un'attività svolta esclusivamente in regime di libera prestazione di servizi*”¹⁴¹.

La Commissione europea ha individuato gli ostacoli, in termini di condizioni di accesso al mercato, ancora esistenti alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi, dividendoli sostanzialmente in tre categorie cui corrispondono rispettive forme di azione per arginare tali restrizioni. *In primis* sono considerati quegli ostacoli, di natura giuridica, che uno Stato dovrebbe

¹³⁹ L'iter legislativo di tale atto di diritto derivato è risultato essere piuttosto complesso e tortuoso, trascinandosi a lungo con notevoli modifiche nel corso dell'adozione, mentre l'Europa stessa, affrontando una crisi economica senza precedenti, ricercava una nuova identità di fronte al processo abortito di Trattato costituzionale ed in seguito all'allargamento ad est. Il dibattito istituzionale in merito alla versione definitiva dell'atto si è principalmente indirizzato attorno al campo d'applicazione della direttiva, al rapporto della stessa con la normativa settoriale preesistente (in particolare in materia di distacco dei lavoratori) ed al principio del Paese d'origine. Proprio quest'ultimo punto ha costituito il centro di un'aspra polemica innescata da sindacati, sinistra massimalista e destra nazionalista, per il presunto rischio di *dumping* sociale e di *jurisdictional shopping* che tale previsione avrebbe dovuto comportare, contemporaneamente ad un abbassamento della qualità dei servizi ed alla totale ed incontrollata liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale (per un approccio critico cfr. DE SCHUTTER O., FRANCO S., *La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie*, in *Cahiers de droit européen*, 2005, pp. 604-659). Il numero di emendamenti proposti alla versione originale da parte del Parlamento europeo in prima lettura ha costretto la Commissione a presentare una seconda proposta di direttiva, sostanzialmente in linea con le modifiche approvate dall'Assemblea, intorno alla quale si è finalmente creato il consenso necessario per giungere ad una rapida adozione dell'atto. In merito ai punti critici che hanno costituito il fulcro del dibattito in seno al Parlamento ed al Consiglio si rimanda nuovamente a BERARDIS G., op. cit., pp. 30-35.

¹⁴⁰ VAN DE GROENDEN J., DE WAELE H., *All's Well That Bends Well? The Constitutional Dimension to the Services Directive*, *European Constitutional Law Review*, Vol. 6, Issue 3, October 2010, p. 402, ove si sottolinea come “*in the Directive a harmonised set of regulatory rules is absent*”, non prevedendo tale atto di diritto derivato l'implementazione da parte degli Stati membri di “*specific standards for a wide range of services*”.

¹⁴¹ TESAURO G., op. cit., p. 564 ove si evidenzia ulteriormente che “*quando la direttiva parla di servizi, intende riferirsi semplicemente alle attività di carattere autonomo, senza alludere in assenza di ulteriori specificazioni, alla modalità concreta con la quale le attività di carattere autonomo sono effettivamente fornite in uno Stato membro diverso da quello di origine*”.

essere in grado di rimuovere da solo¹⁴², senza coordinamento europeo ed in assenza di misure comunitarie orizzontali. In tal caso è sufficiente la concreta e diretta applicazione degli obblighi già vigenti in materia di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento tramite l'apertura *ad hoc* di procedimenti d'infrazione¹⁴³. Una seconda categoria di restrizioni ha invece natura prevalentemente non giuridica e può essere affrontata tramite l'ausilio di strumenti non normativi¹⁴⁴ che hanno il compito di affiancare e completare le misure a carattere legislativo. Una terza forma di ostacoli riveste infine carattere residuale nel senso che comprende tutte quelle restrizioni alla circolazione transazionale di servizi che non possano essere eliminate tramite il ricorso agli strumenti precedentemente illustrati, richiedendo invece l'adozione di atti comunitari di diritto derivato.

In tale contesto, di fronte ad una categoria di ostacoli comuni e ripetitivi che interessano diverse professioni, il ricorso ad una serie di strumenti di intervento legislativo di tipo settoriale si sarebbe rivelato inutile o in ogni caso eccessivamente dispendioso e controproducente. La direttiva servizi non intende occuparsi invece di quelle materie già oggetto di disciplina settoriale, né precludere eventuali interventi in questo senso in futuro, quanto piuttosto tentare di ricomprendere all'interno del proprio campo di applicazione tutte le situazioni residuali della circolazione dei servizi nel mercato interno, evitando di affrontare ogni problematica connessa alle specificità di ogni singola professione in sé considerata. Si tratta dunque di uno strumento quadro di carattere orizzontale che non impone regole dettagliate, ma piuttosto un insieme di principi comuni e divieti generali, e che codifica una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, integrandosi in modo complementare alle disposizioni preesistenti in materia di servizi¹⁴⁵.

¹⁴² Si tratta essenzialmente di tutte le misure nazionali aventi carattere palesemente (nella forma) o sostanzialmente (di fatto) discriminatorio o che non siano giustificate da obiettivi di interesse generale o ancora che risultino sproporzionate rispetto all'obiettivo perseguito (l'esistenza di un monopolio pubblico o determinate esigenze in materia di diplomi o requisiti professionali o di residenza del prestatore o ancora la previsione di regimi di autorizzazione).

¹⁴³ Si rammenti tuttavia che per far valere le disposizioni in materia di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento nei confronti delle autorità nazionali inadempienti il prestatore o il destinatario di servizi (in caso sia effettivamente conscio delle opportunità offerte dai Trattati), è spesso costretto ad avviare un procedimento giurisdizionale davanti ad un giudice nazionale per contestare la contrarietà della normativa interna rispetto al diritto comunitario i cui esiti sono tutt'altro che scontati. Si aggiunga inoltre che nell'ambito del procedimento pregiudiziale la Corte di giustizia appare spesso restia a risolvere concretamente la questione di illegittimità, limitandosi a fornire i criteri interpretativi che possano permettere al giudice nazionale di valutare, con riferimento al caso di specie, la necessità e la proporzionalità delle misure nazionali restrittive della libera circolazione dei servizi. Anche la stessa procedura d'infrazione in sé considerata, oltre all'impossibilità di essere invocata da parte di soggetti privati se non tramite il filtro della Commissione, presenta a sua volta talune peculiari disfunzioni dovute alla mancanza di risorse umane, alle difficoltà procedurali nel garantire la corretta esecuzione delle sentenze della Corte di giustizia in modo unitario sul territorio europeo ed all'ormai patologico inadempimento in determinati settori di taluni Stati membri spesso reticenti ad applicare le sentenze che li riguardano.

¹⁴⁴ La scarsa fiducia e conoscenza di operatori economici e consumatori nei confronti delle soluzioni offerte dal diritto dell'Unione europea in materia di servizi transfrontalieri può essere arginata tramite il ricorso a codici comunitari di condotta, a meccanismi alternativi di soluzione delle controversie, ad iniziative di sensibilizzazione e d'informazione che permettano ad utenti ed imprese di prendere consapevolezza delle opportunità concesse dal mercato interno.

¹⁴⁵ Cfr. D'ACUNTO S., *Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, 2, pp. 267-270.

Rispetto al lavoro *ante litteram* del giudice comunitario che, riconoscendo progressivamente nuove categorie di esigenze imperative meritevoli di tutela, ammette implicitamente una serie di ostacoli che possono essere frapposti alla libera circolazione, il legislatore comunitario, tramite la direttiva servizi, fissa un'insieme di regole pratiche che dovrebbe contribuire a rinforzare l'efficacia delle disposizioni direttamente applicabili preesistenti nell'ambito del diritto primario in materia di circolazione delle attività autonome¹⁴⁶.

La direttiva servizi disciplina dunque quelle forme di ostacolo cui, né la procedura d'infrazione, né l'applicazione diretta degli articoli 49 e 56 TFUE hanno dimostrato di saper sopperire, risultando inadeguati ogni qualvolta risulti necessario un coordinamento preliminare delle legislazioni nazionali, al fine di rafforzare la cooperazione tra autorità amministrative, semplificare le relative procedure ed istituire le opportune strutture informative. Come vedremo tale sforzo di collaborazione tra autorità nazionali al fine di accrescere la fiducia reciproca nei controlli effettuati dallo Stato membro di stabilimento, tramite meccanismi obbligatori di cooperazione amministrativa tra Paesi membri, costituisce il punto realmente innovativo della direttiva, che per il resto si limita sostanzialmente a codificare quanto a più riprese affermato nella giurisprudenza comunitaria¹⁴⁷.

Descriveremo quindi di seguito in modo analitico l'ambito operativo della direttiva (§ 1), il relativo oggetto ed il rapporto con la normativa preesistente (§ 2), la disciplina della libertà di stabilimento (§ 3) e della libera prestazione di servizi (§ 4) ed infine gli obblighi di natura tecnico amministrativa che ne accompagnano il recepimento (§ 5).

§ 1. Il campo di applicazione della direttiva servizi.

L'equilibrio raggiunto per la definizione dell'ambito applicativo della direttiva costituisce il compromesso tra due elementi: da un lato l'effetto espansivo delle libertà economiche fondamentali in favore, sia di chi svolge un'attività nell'esercizio del diritto di stabilimento o di libera prestazione, sia di chi è il destinatario del servizio¹⁴⁸; dall'altro lato le prerogative degli Stati, che pur dovendo coordinare le rispettive normative interne contribuendo alla liberalizzazione dei servizi, conservano comunque talune categorie di interessi generali che tendono a custodire gelosamente.

Al fine di delimitare il campo applicativo della direttiva si individuano: servizi sicuramente esclusi

¹⁴⁶ In questo senso BERARDIS G., op. cit., p.28.

¹⁴⁷ Per un ordinamento giuridico di *civil law*, come quello che caratterizza l'Europa continentale ove non vige il principio dello *stare decisis* e le decisioni delle autorità giudiziarie non rappresentano il dato normativo, tale sforzo di codificazione rappresenta un impegno alla chiarezza ed alla conoscibilità dello stesso diritto comunitario (così anche DAVIES G., *The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration*, in *European law review*, 2007, vol. 32, n. 2, p. 234).

¹⁴⁸ Come già specificato in merito alla nozione ampia di servizio accolta nella direttiva, anche per quanto concerne le nozioni di prestatore e di destinatario del servizio, conformemente al diritto primario ed alla giurisprudenza comunitaria, tali concetti “*alludono sostanzialmente a colui che svolge un'attività di carattere autonomo ed a colui che ne beneficia in una fattispecie caratterizzata dal passaggio di frontiera, sia esso dovuto all'esercizio della libertà di stabilimento oppure all'esercizio della libertà di prestazione dei servizi*” (TESAURO G., op. cit., p. 564).

perché non rientrano nell'oggetto della direttiva; servizi non interessati perché disciplinati da altre norme; servizi specifici e professioni determinate che sono già regolamentati da ulteriori atti di diritto comunitario che prevalgono sulla direttiva¹⁴⁹.

L'articolo 2 della direttiva che ne definisce il campo di applicazione, restando volutamente vago¹⁵⁰, si limita ad affermare come la suddetta “*si applica ai servizi forniti da prestatori¹⁵¹ stabiliti in uno Stato membro*”. Al fine di circoscrivere i settori interessati dalle disposizioni della normativa comunitaria si fa quindi riferimento ad un criterio negativo, preferendosi, piuttosto che individuare le singole attività di servizi oggetto di disciplina¹⁵², indicare invece, tramite una elencazione tassativa e dettagliata, le materie esterne all'ambito applicativo materiale della direttiva. In altri termini “*tout est inclus sauf ce qui est explicitement indiqué comme étant exclu*”¹⁵³ e quindi, in mancanza di menzione nel testo legislativo, un settore economico o una categoria professionale rientrano pienamente nel campo di applicazione della direttiva.

In merito ai settori formalmente esclusi, si tratta d'attività che astrattamente rientrerebbero nel campo di applicazione materiale della direttiva, integrando la nozione stessa di servizio¹⁵⁴ quale accolta nel diritto primario e nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ma che il legislatore dell'Unione europea ha preferito invece volutamente esentare dagli effetti della normativa comunitaria. Tali esclusioni tecniche presentano natura opzionale, nel senso che è comunque consentito alle autorità nazionali estendere integralmente o anche solo parzialmente l'applicazione

¹⁴⁹ Per questa premessa NASCIMBENE B., *Le eccezioni ai principi. Interessi generali e ordine pubblico*, op. cit., pp. 51-53.

¹⁵⁰ La scelta redazionale perseguita dalle istituzioni comunitarie oltre ad evitare di appesantire il testo normativo con un elenco pressoché infinito delle attività di servizi potenzialmente interessate dalla direttiva, garantisce, stante l'indeterminatezza e la generalità della definizione stessa di servizio, una continua evoluzione dell'insieme delle attività di servizio che potranno in futuro ritenersi incluse nell'ambito applicativo della direttiva. La definizione di servizio accolta nella direttiva corrisponde infatti alla versione consolidata nella giurisprudenza comunitaria e nel Trattato CE, contemplando tale nozione “*qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 50 fornita normalmente dietro retribuzione*” (articolo 4, par. 1, n. 1 della direttiva). Il riferimento all'articolo dedicato dal diritto primario alla libera prestazione dei servizi è funzionale unicamente ad individuare la natura autonoma della prestazione, senza alcun pregiudizio per la modalità secondo cui potrà essere esercitata, essendo consentito svolgere la suddetta attività anche in regime di libertà di stabilimento (in relazione alle due modalità stabile ed occasionale in cui si articola l'esercizio di un'attività autonoma v. *supra*).

¹⁵¹ Ai sensi dell'articolo 4, par. 1, n. 2, della direttiva con il termine “prestatore” deve intendersi “*qualsiasi persona fisica, avente la cittadinanza di uno Stato membro, o qualsiasi persona giuridica*” costituita conformemente alla normativa di uno Stato membro e dunque stabilita sul territorio comunitario, “*che offre o fornisce un servizio*”, avvalendosi della libertà di stabilimento o della libera prestazione di servizi. In tal senso la direttiva non riguarda le ipotesi di operatori di Paesi terzi che intendano stabilirsi in uno Stato membro o prestare i loro servizi all'interno dell'Unione europea, né di succursali di società di Paesi terzi in uno Stato membro.

¹⁵² Al considerando 33 della direttiva si fornisce comunque un elenco puramente esemplificativo delle fattispecie di attività di servizi che potrebbero rientrare nell'oggetto delle sue disposizioni, aggiungendosi come le attività di servizi interessate dalla direttiva possano richiedere la vicinanza del prestatore e del destinatario della prestazione, oppure comportare lo spostamento di uno solo dei due soggetti, come di entrambi, od ancora essere fornite a distanza (via internet ad esempio) tramite il movimento del solo servizio in sé considerato.

¹⁵³ D'ACUNTO S., op. cit., p. 271. Nello stesso senso si è sottolineato come “*these exclusions are so impressively numerous that is almost easier to think about what the directive does apply to*” (CHALMERS D., MONTI G., DAVIES, op. cit., p. 824).

¹⁵⁴ Fanno eccezione i servizi non economici di interesse generale che, pur irragionevolmente annoverati per ragioni simboliche nell'elenco delle esclusioni di tipo tecnico fissate dalle disposizioni della direttiva, non rientrano nella qualifica di servizio, difettando per definizione del requisito dell'economicità della prestazione.

delle disposizioni della direttiva a tutti o solo alcuni dei servizi esclusi. Si rammenti inoltre che i settori esterni all'ambito applicativo della direttiva restano comunque sottoposti alle regole ed ai principi generali fissati dal diritto primario e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera prestazione di servizi e di libertà di stabilimento¹⁵⁵.

Le materie escluse dall'ambito applicativo della direttiva costituiscono un'insieme eterogeneo che contempla i servizi non economici di interesse generale, le attività connesse all'esercizio di pubblici poteri, i servizi forniti da notai ed ufficiali giudiziari nominati con atto ufficiale della pubblica amministrazione¹⁵⁶, i servizi privati di sicurezza¹⁵⁷, i servizi delle agenzie di lavoro interinale ed i servizi fiscali.

In ambito di *welfare* ulteriori deroghe sono previste per i servizi sanitari¹⁵⁸, stante la volontà di disciplinare la materia tramite una normativa *ad hoc*¹⁵⁹, e per i servizi sociali riguardanti gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia ed il sostegno alle famiglie ed alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, a condizione che siano forniti dallo Stato, da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali a livello nazionale. In merito a quest'ultimi si tratta di un'esclusione solo parziale tarata *ratione materiae* in base alle

¹⁵⁵ Tali esclusioni costituiscono forse il “*tallone d'Achille*” della direttiva, proprio dal momento ove la mancata estensione della sue disposizioni a determinati settori cui si applicano in ogni caso le norme dei Trattati in materia di libera circolazione aventi efficacia diretta, non permette l'applicazione a tali attività di servizi degli strumenti amministrativi istituiti al fine di garantire un corretto ed efficace traffico transazionale delle prestazioni professionali sul territorio comunitario. La definizione del campo di applicazione ha costituito in sede di adozione della direttiva uno degli elementi di maggior discussione e contrasto con riferimento ad alcune tipologie di servizi particolarmente “sensibili” che si intendevano “preservare”, con il risultato finale che il testo definitivo risulta notevolmente più ricco di esclusioni rispetto all'elenco che figurava nella proposta originaria ove rimanevano salvi anche i servizi di interesse economico generale, i servizi giuridici ed i servizi sociali (oggetto ora di un'esclusione solo parziale). In merito a questo punto si è sottolineato appunto come le esclusioni non abbiano senso dal momento che anche i settori estromessi devono comunque conformarsi agli obblighi generalmente imposti dai Trattati, ribadendosi che la direttiva “*non crea la libera circolazione dei servizi, ma cerca solamente di facilitarla*” (BERARDIS G., op. cit., p.33).

¹⁵⁶ Con riferimento alle attività collegate all'esercizio di pubblici poteri, di cui i servizi resi da notai ed ufficiali giudiziari costituiscono forse un'inutile specificazione, occorre rilevare come sia assente dalle disposizioni della direttiva una distinzione, fatta già propria dalla Corte di giustizia, che permetta concretamente di individuare quelle singole attività che siano effettivamente caratterizzate dalla partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri, con conseguente esclusione integrale di un settore o di una professione dall'applicazione della normativa comunitaria in materia di servizi. Infatti l'attività andrebbe esclusa, in armonia con la giurisprudenza comunitaria in materia, se il coinvolgimento nell'esercizio del potere pubblico, espressione della prerogativa di sovranità dello Stato sia del tutto prevalente, mentre un'attività meramente preparatoria all'esercizio di una funzione pubblica ovvero collaterale dovrebbe al contrario rientrare pienamente nel campo di applicazione del diritto UE.

¹⁵⁷ Anche in tal caso si rileva una discrasia con quanto affermato nella giurisprudenza comunitaria ove non si prevede una specificazione nell'ambito dei compiti di sorveglianza e protezione affidati a soggetti privati delle attività concretamente investite di poteri coercitivi che presentano caratteristiche proprie della funzione pubblica e che rientrano nell'ambito della tutela dell'ordine pubblico.

¹⁵⁸ La direttiva specifica che le proprie disposizioni non si applicano ai servizi sanitari “*indipendentemente dal fatto che vengano prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione e di finanziamento sul piano nazionale e dalla loro natura pubblica o privata*”. Tale esclusione totale concerne anche le farmacie ed i diritti dei pazienti al rimborso delle cure transfrontaliere in ambito comunitario, non codificando in un atto di diritto derivato la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia in materia, come invece suggerito nella proposta originaria di direttiva.

¹⁵⁹ Poi effettivamente adottata nel 2011 (cfr. Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, GU L 88, 4.4.2011).

categorie d'attività indicate e *ratione personae* in riferimento al tipo di prestatore evocato e dunque i servizi sociali in quanto tali non sono da ritenersi esclusi dal campo di applicazione della direttiva¹⁶⁰. Ragioni di ordine pubblico e di tutela dei consumatori, che nascondono tuttavia neanche troppo velatamente meri interessi fiscali dei monopoli statali, giustificano l'esclusione delle attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario, comprese le lotterie, i giochi di azzardo nei casinò e le scommesse¹⁶¹.

Restano inoltre esclusi dal campo di applicazione della direttiva l'intero settore dei servizi di trasporto cui è dedicato un titolo specifico nel Trattato CE (si tratta di un'esclusione totale che riguarda anche le questioni già disciplinate) ed i servizi che beneficiano già di una normativa comunitaria ampia e dettagliata che ne ha unitariamente armonizzato la disciplina¹⁶².

§ 2. L'oggetto della direttiva ed il rapporto con la normativa preesistente

Per delineare correttamente l'ambito applicativo della direttiva non è sufficiente precisare i contorni della nozione comunitaria di servizi¹⁶³ ed elencare le attività espressamente escluse dalla normativa stessa, ma occorre precisare ciò che rimane esterno all'applicazione della direttiva, non in ragione di esplicite deroghe, ma in quanto estraneo all'oggetto della stessa. La direttiva riguarda esclusivamente le norme nazionali concernenti direttamente l'accesso alle attività di servizi o il loro esercizio, impedendo in tal modo che le proprie disposizioni possano estendersi ad ambiti del diritto nazionale che non incidano sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento¹⁶³.

A questo riguardo all'articolo 1 della direttiva, cui spetta definirne appunto l'oggetto, si sottolinea

¹⁶⁰ In tal senso D'ACUNTO S., op. cit., p. 275.

¹⁶¹ Si rammenti infatti che il settore del *gambling* rappresenta una materia ove il principio generale del mutuo riconoscimento pare non operare con la stessa efficacia, in virtù di un approccio flessibile della Corte di giustizia che ha riconosciuto alle autorità nazionali dello Stato membro ospitante un esteso margine di discrezionalità nella disciplina del gioco d'azzardo e di conseguenza un'ampia facoltà di deroga alle libertà economiche del mercato comune in virtù della necessità degli Stati membri di tutelare l'interesse generale perseguito tramite tali attività (v. in questo senso le Conclusioni dell'avvocato generale *Villalòn* del 27 ottobre 2010, C-77/10, Costa, p. 80 e giurisprudenza ivi citata, ove si specifica chiaramente che il mutuo riconoscimento delle licenze sia escluso nel settore del gioco d'azzardo). Nello stesso senso CGUE, 15 settembre 2011, C-347/09, *Dickinger*, ove la Corte ha precisato che “allo stato attuale del diritto dell'Unione non esiste alcun obbligo di mutuo riconoscimento delle autorizzazioni rilasciate dai vari Stati membri” a causa dell'assenza “di un'armonizzazione a livello dell'Unione della disciplina del settore dei giochi d'azzardo, e considerate le notevoli diversità degli obiettivi perseguiti e dei livelli di protezione ricercati dalle normative dei vari Stati membri” (p. 96).

¹⁶² I servizi finanziari, i servizi e le reti di comunicazione elettronica (limitatamente alle singole questioni già regolamentate), i servizi audiovisivi e radiofonici per quanto concerne esclusivamente la diffusione al pubblico tramite qualsiasi tipo di piattaforma (rientrano invece nel campo di applicazione della direttiva i servizi legati alla produzione, distribuzione, commercializzazione e promozione).

¹⁶³ A tal fine appare esemplificativo riportare integralmente il considerando 8, quasi a fissare un ultimo limite esterno alla normativa comunitaria, al fine di evitare che gli operatori economici transnazionali possano invocare le disposizioni avverso qualunque disposizione statale: “La presente direttiva si applica unicamente ai requisiti che influenzano l'accesso all'attività di servizi o il suo esercizio. Pertanto essa non si applica a requisiti come le norme del codice stradale, le norme riguardanti lo sviluppo e l'uso delle terre, la pianificazione urbana e rurale, le regolamentazioni edilizie nonché le sanzioni amministrative comminate per inosservanza di tali norme che non disciplinano non influenzano specificatamente l'attività di servizi, ma devono essere rispettate dai prestatori nello svolgimento della loro attività economica, alla stessa stregua dei singoli che agiscono a titolo privato”.

come le disposizioni della direttiva non riguardino né *“la liberalizzazione dei servizi d’interesse economico generale¹⁶⁴ riservati a enti pubblici o privati”*, né tanto meno la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi, né l’abolizione di monopoli che forniscono servizi, né gli aiuti concessi dagli Stati membri cui si applicano le regole comunitarie di concorrenza.

Ulteriori precisazioni in merito alle materie che sono estranee all’oggetto della direttiva sembrano derivare dall’insofferenza degli Stati nei confronti dell’invasività del diritto dell’Unione europea, soprattutto con riferimento a determinate prerogative costituzionali collegate alla salvaguardia dell’interesse pubblico che costituiscono gli ultimi spazi d’azione autonoma della sovranità nazionale. A tal fine il legislatore comunitario si è prodigato nell’affermare ripetutamente, e spesso anche inutilmente, che la direttiva servizi non pregiudica la legislazione nazionale in materia di diritto penale¹⁶⁵, di diritto del lavoro e sicurezza sociale¹⁶⁶, di pluralismo linguistico, culturale e mediatico. Nello stesso senso si pone la precisazione che la direttiva non ostacola l’esercizio e la protezione dei diritti fondamentali, quali riconosciuti dagli Stati membri, arrivando quasi a ribadire quali siano i contro-limiti alla piena espansione delle libertà economiche del mercato interno in mancanza di una gerarchia assoluta tra esigenze di tutela ed interessi confliggenti¹⁶⁷.

Non si comprende pienamente il contenuto e la portata di tali disposizioni che perlomeno formalmente non rappresentano un’esclusione dal campo di applicazione della direttiva. Affermare che la direttiva non pregiudica determinati settori riservati alla sovranità nazionali risulta, infatti, contraddittorio ove tali stesse materie siano effettivamente sottoposte all’ambito operativo delle sue disposizioni. Ad esempio, nel caso, per niente eventuale, che la direttiva comporti in concreto implicazioni negative alle tutele del lavoro o alla protezione dei diritti fondamentali, ci si domanda

¹⁶⁴ Gli Stati membri restano inoltre liberi di stabilire, in conformità con il diritto comunitario, cosa debba intendersi, per servizi di interesse economico generale, quali attività di servizi debbano ritenersi ricompresi all’interno della categoria, a quali obblighi specifici debbano essere soggetti in virtù del perseguimento di una finalità pubblica ed in che modo debbano organizzarsi e finanziarsi, conformemente alla normativa in materia di aiuti di Stato (articolo 1, par. 3, comma 2). Anche tale precisazione costituisce il riflesso delle opposizioni ad una deriva mercantile della direttiva che sarebbe stata provocata dall’eventuale sottomissione alle regole di mercato dei servizi pubblici nazionali.

¹⁶⁵ Ai sensi dell’articolo 1, par. 5, tuttavia *“gli Stati membri non possono limitare la libertà di fornire servizi applicando disposizioni di diritto penale che disciplinano specificamente o influenzano l’accesso ad un’attività di servizi o l’esercizio della stessa, aggirando le norme stabilite nella presente direttiva”*.

¹⁶⁶ Non esistendo una nozione comunitaria *“armonizzata”* di normativa giuslavoristica, il legislatore dell’Unione europea, onde fugare ogni dubbio, ha specificato cosa debba intendersi esattamente per diritto del lavoro, ricomprendendovi *“segnatamente le disposizioni giuridiche o contrattuali che disciplinano le condizioni di occupazione, le condizioni di lavoro, compresa la salute e la sicurezza sul posto di lavoro, e il rapporto tra datori di lavoro e lavoratori, che gli Stati membri applicano in conformità del diritto nazionale che rispetta il diritto comunitario”* (articolo 1, par. 6). Tale ultima furtiva specificazione non appare di poco conto dal momento che sembra nuovamente ribadire il primato del diritto dell’Unione europea anche in un settore di residua competenza nazionale, ribadendo come la normativa statale concretamente applicabile al rapporto di lavoro non deve comunque porsi in contrasto con l’ordinamento comunitario.

¹⁶⁷ Il legislatore aggiunge espressamente alla categoria diritti fondamentali *“il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali”*, anticipando il rischio di un conflitto tra il diritto di azione collettiva e la libera prestazione dei servizi. Per lo stesso motivo il considerando n. 15 si affretta di rammentare che la direttiva servizi *“rispetta l’esercizio dei diritti fondamentali [...] armonizzandoli con le libertà fondamentali di cui agli articoli 43 e 49 del Trattato”*.

se la disciplina di diritto derivato debba ritrarsi (in favore della regolazione prevista dai Trattati) o, perlomeno, essere interpretata in modo più flessibile¹⁶⁸. La direttiva, infatti, non sostituisce la normativa comunitaria preesistente in materia di libera circolazione dei servizi, ma contribuisce piuttosto ad integrarla ed a completarla. A tal fine, prevedendo apposite deroghe alle proprie disposizioni, la normativa affronta anche il problema del rischio di antinomie che potrebbe prospettarsi in caso di conflitto normativo con ulteriori atti comunitari di natura settoriale che abbiano per oggetto la disciplina di una singola professione o di particolari profili relativi all'accesso o all'esercizio di attività di servizi. Si è ritenuto così opportuno fissare una regola di carattere generale¹⁶⁹ per identificare e risolvere ipotesi residuali di conflitto, riproponendo in chiave comunitaria il brocardo latino "*Lex specialis derogat generali*". In base a tale principio le norme della direttiva servizi che dovessero rivelarsi incompatibili con ulteriori specifici atti comunitari resteranno disapplicate, ma solo limitatamente alla singola disposizione della direttiva 2006/123 che ha generato l'antinomia ed in riferimento ai settori od alle professioni disciplinati dalla *lex specialis* cui è accordata prevalenza.

§ 3. Le disposizioni sostanziali in materia di libertà di stabilimento

Le norme della direttiva servizi¹⁷⁰ che disciplinano la libertà di stabilimento si limitano, pur con evidenti sforzi di chiarificazione, a codificare la già consolidata giurisprudenza comunitaria in tema di autorizzazioni (a) e di requisiti (b) per l'accesso ad un'attività di servizi o per il suo esercizio.

a) I regimi di autorizzazione.

Gli Stati membri, tramite un'apposita relazione¹⁷¹, identificano i propri meccanismi di autorizzazione¹⁷² e valutano caso per caso quelli che possono essere mantenuti, quelli che devono

¹⁶⁸ In questo senso v. CHALMERS D., MONTI G., DAVIES, op. cit., p. 824, ove si sottolinea come le esclusioni ed il campo di applicazione limitato della direttiva 2006/123 abbiano ulteriormente complicato la disciplina dei servizi che prevederebbe allo stato attuale tre diverse regolazioni: quella classica del diritto primario, quella relativa alla normativa settoriale e quella della direttiva stessa.

¹⁶⁹ Articolo 3, par. 1, della direttiva. Al paragrafo secondo del medesimo articolo si precisa inoltre come la direttiva non riguardi "*le norme di diritto internazionale privato, in particolare quelle che disciplinano la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, ivi comprese quelle che garantiscono che i consumatori beneficeranno della tutela riconosciuta loro dalla normativa sulla protezione dei consumatori vigente nel loro Stato membro*". Le norme di conflitto, quali previste dai regolamenti Roma I e II in materia di diritto internazionale privato, determinano ordinariamente l'applicazione della legge dello Stato di destinazione, prevedendosi disposizioni ispirate al criterio dell'effetto, ovvero al luogo dove si produce il danno, che normalmente coincide con il luogo dove il servizio viene offerto (così MALATESTA A., *Principio dello Stato di origine e norme di conflitto alla luce della direttiva sui servizi nel mercato interno*, in BESTAGNO F., RADICATI DI BROZOLO L. G., op. cit., p.172).

¹⁷⁰ Articoli 9-15 della direttiva.

¹⁷¹ Cfr. articoli 9 e 39 della direttiva che impongono appunto alle autorità nazionali di valutare la necessità di mantenere in vigore un regime di autorizzazione nell'ordinamento interno.

¹⁷² Ai sensi dell'articolo 4, n. 6, della direttiva per "regime di autorizzazione" si deve intendere "*qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una*

essere modificati e quelli che devono essere eliminati, motivandone la conformità rispetto ai principi di non discriminazione nei confronti del prestatore, di necessità in vista della tutela di un motivo imperativo di interesse generale¹⁷³ e di proporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito¹⁷⁴. Ulteriori precisazioni impongono che le medesime procedure di autorizzazione rispondano a criteri di parità di trattamento, prevedibilità, tempestività, validità temporale e geografica¹⁷⁵, pubblicità, oggettività, impugnabilità, trasparenza, chiarezza ed inequivocabilità.

Sono vietate le duplicazioni di requisiti, di controlli e di oneri già soddisfatti dal prestatore, a condizioni equivalenti o comunque sostanzialmente comparabili, nello stesso Stato membro o nel Paese di provenienza, in ossequio al principio del mutuo riconoscimento.

In caso di scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche concretamente utilizzabili che comportino la limitatezza del numero di autorizzazioni disponibili per determinate attività, gli Stati membri sono tenuti ad applicare una procedura di selezione tra candidati improntata ai criteri di trasparenza ed imparzialità che scaturisca nella concessione di un'autorizzazione a durata tassativamente limitata e non automaticamente rinnovabile¹⁷⁶.

b) I requisiti.

La direttiva opera una distinzione tra requisiti¹⁷⁷ tassativamente inammissibili che gli Stati membri

decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio". Ai sensi del considerando 54 " l'imposizione di un'autorizzazione dovrebbe essere ammissibile soltanto nei casi in cui un controllo a posteriori non sarebbe efficace a causa dell'impossibilità di constatare a posteriori le carenze dei servizi interessati e tenuto debito conto dei rischi e dei pericoli che potrebbero risultare dall'assenza di un controllo a priori".

¹⁷³ Il principio di necessità che nel diritto di stabilimento giustifica sia la previsione di un regime di autorizzazione, sia l'imposizione di requisiti, rinvia ai motivi imperativi di interesse generale che ai sensi del considerando n. 40 ricomprendono perlomeno: "l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del Trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, e la politica veterinaria".

¹⁷⁴ Gli Stati membri possono dunque subordinare l'accesso ad un'attività di servizi o il suo esercizio ad un regime di autorizzazione soltanto se, in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, tale procedura sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale e sia proporzionato rispetto all'obiettivo di tutela perseguito nel senso che non esistano misure sostitutive meno invasive, quali soprattutto dei sistemi di mera notificazione o di controllo *a posteriori*.

¹⁷⁵ Il prestatore deve essere messo in condizione di poter accedere all'attività di servizi o di esercitarla su tutto il territorio nazionale anche mediante l'apertura di succursali, filiali, o uffici, e tale autorizzazione deve avere di norma durata illimitata, pur essendo garantita la facoltà degli Stati membri di revocare le autorizzazioni concesse, qualora non siano più rispettati i requisiti per il rilascio (cfr. articoli 10 e 11 della direttiva).

¹⁷⁶ Così l'articolo 12 della direttiva.

¹⁷⁷ Si tratta essenzialmente di obblighi, divieti, condizioni e limiti sanciti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri, oppure derivanti dalla giurisprudenza o dalle prassi amministrative nazionali, od

non possono istituire, né mantenere in vigore, poiché assolutamente incompatibili con il diritto comunitario (*black list*), ed i requisiti tollerati per i quali è previsto un obbligo di valutazione in capo alle autorità nazionali per verificare che soddisfino determinate condizioni, in assenza delle quali vanno espunti dall'ordinamento interno (*grey list*).

I “*requisiti vietati*”¹⁷⁸, in linea con la giurisprudenza comunitaria in materia, sono quelli discriminatori in quanto fondati direttamente o indirettamente sulla cittadinanza o sulla residenza dell'operatore o sull'ubicazione della sede societaria, quelli che impediscono al prestatore di avere stabilimenti in più di uno Stato membro o di essere iscritto in registri o albi professionali in altri Paesi, o ancora quelli che limitano l'opzione tra lo stabilirsi a titolo principale od invece a titolo secondario tramite filiale, piuttosto che succursale o in forma di rappresentanza¹⁷⁹.

I “*requisiti da valutare*”¹⁸⁰ invece, sebbene si applichino di norma indistintamente, essendo comunque in grado di ostacolare l'accesso ad un'attività od il suo esercizio, possono essere ritenuti incompatibili con l'ordinamento comunitario, se non motivati da alcuna esigenza imperativa di interesse generale od ancora poiché palesemente sproporzionati rispetto al fine di tutela perseguito.

§ 4. Libera prestazione dei servizi, normativa applicabile ed ipotesi di deroga

La trattazione della disciplina della libera prestazione dei servizi prevista dalla direttiva servizi deve necessariamente partire dalla declinazione del principio del Paese di origine nella proposta *Bolkestein* (a), per comprendere come si sia in seguito preferito formalizzare il principio del mutuo riconoscimento, rafforzandolo tramite la cristallizzazione delle esigenze imperative che possono giustificare una restrizione (b). Risulta quindi di seguito necessario analizzare talune riserve

ancora dalle regole degli organismi professionali adottate nell'esercizio della propria autonomia giuridica, che hanno l'effetto finale di impedire del tutto o di ostacolare in qualche modo lo stabilimento dei prestatori di servizi in uno Stato membro; al contrario “*le norme stabilite dai contratti collettivi negoziati dalle parti sociali non sono considerate di per sé come requisiti ai sensi della presente direttiva*” (articolo 4, n.7).

¹⁷⁸ Articolo 14 della direttiva servizi. Si rammenti che la lista di requisiti ivi elencati diversamente che altrove ha carattere esaustivo.

¹⁷⁹ Sono inoltre inammissibili *iuris et de iure* i requisiti fondati sulla sussistenza di condizioni di reciprocità con il Paese di primo stabilimento (con l'eccezione del settore energetico), sulla verifica caso per caso degli eventuali effetti economici della concessione di un'autorizzazione in merito ad una determinata categoria di attività, sull'intervento di operatori concorrenti nella procedura di autorizzazione individuale (ad eccezione delle associazioni e degli ordini professionali), sull'obbligo di presentare una garanzia finanziaria o di sottoscrivere un'assicurazione nello Stato membro ove il prestatore intende stabilirsi ed ancora sulla presenza pregressa del prestatore sul territorio nazionale.

¹⁸⁰ Articolo 15 della direttiva servizi. Più precisamente nell'elenco dei requisiti da valutare (articolo 15, par. 2) figurano: le restrizioni quantitative e territoriali (soprattutto in funzione della popolazione e di una distanza geografica minima tra stabilimenti); gli obblighi per il prestatore di avere un determinato statuto giuridico e quelli relativi alla detenzione del capitale di una società (una quota minima ad esempio); i requisiti, diversi da quelli relativi alle questioni disciplinate dalla direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali o da quelli previsti in altre norme comunitarie, che riservano l'accesso a determinate attività di servizi a prestatori particolari a motivo della natura specifica dell'attività (tipico il caso dei monopoli di vendita); il divieto di disporre di più stabilimenti sullo stesso territorio nazionale ed i requisiti che stabiliscono un numero minimo di dipendenti; l'obbligo di applicare tariffe obbligatorie minime e/o massime; ed infine l'obbligo per il prestatore di fornire, insieme al suo servizio, altri servizi specifici.

specificamente previste all'operatività della clausola della libera prestazione dei servizi (c) nei confronti di talune attività di servizi che restano quindi regolate dalla disciplina generale ricavabile dai Trattati. Tale esclusione penalizza fortemente tali attività cui non risulta applicabile il codice di consumo previsto dalla direttiva servizi in favore dei destinatari della prestazione (d).

a) Il principio del Paese di origine nella proposta di direttiva.

La formulazione del principio del Paese di origine contenuta nell'originaria versione della direttiva *Bolkestein*¹⁸¹ si prefiggeva ambiziosamente di costituire, per l'intero mercato comunitario, un'unica regola che permettesse di stabilire la legislazione nazionale applicabile alle attività di servizi aventi natura transfrontaliera, sottoponendo i prestatori esclusivamente alla disciplina giuridica dello Stato membro di stabilimento¹⁸².

L'applicazione del principio del Paese d'origine avrebbe dovuto essere mitigato tramite interventi di diritto derivato, introducendo una serie di direttive settoriali di armonizzazione mirata a tutela dell'interesse generale, supportate da un impianto normativo di *soft laws* composto da codici di condotta e regole di assistenza reciproca. Si prevedeva inoltre la responsabilizzazione dello Stato membro di origine, secondo il sistema derivato dal principio del mutuo riconoscimento, ai sensi del quale lo Stato membro ospitante avrebbe dovuto affidarsi alle garanzie offerte da ciascun Paese sui rispettivi operatori economici, sulle relative attività e sui servizi da questi forniti, costringendo le autorità nazionali a riporre una fiducia totale nei controlli effettuati dai propri *partner* europei. Si consentiva infine, a parziale attenuazione della rigidità della regola, un regime di deroghe al principio del Paese d'origine per talune attività o materie ove si considerava sussistesse un'eccessiva divergenza tra legislazioni nazionali o un livello insufficiente di integrazione.

Proprio la scarsa fiducia reciproca tra Stati membri non prospettava una possibile applicazione del principio del Paese di origine in settori o professioni non armonizzati del diritto comunitario, anche in ragione delle persistenti divergenze nei livelli di protezione di taluni interessi generali e dell'assenza di uniformità tra le normative nazionali relative all'accesso ad un'attività di servizi od al suo esercizio. Si contestava inoltre, spesso a causa di disinformazione o peggio ancora di strumentalizzazione politica, che il principio del Paese d'origine, quale configurato nella proposta originaria di regolazione, avrebbe comportato una discriminazione tra gli operatori economici in

¹⁸¹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, Com (2004) 2 def., Bruxelles, 25 febbraio 2004.

¹⁸² Come una clausola di diritto internazionale privato che stabilisce la legislazione applicabile alla fattispecie, l'articolo 16.1 della proposta prevedeva che i prestatori di servizi fossero "*soggetti esclusivamente alle disposizioni nazionali dello Stato membro d'origine*" riguardanti l'accesso ad un'attività di servizi o al suo esercizio, "*in particolare quelle che disciplinano il comportamento del prestatore, la qualità o il contenuto del servizio, la pubblicità, i contratti e la responsabilità del prestatore*". Tale previsione era poi completata dall'affermazione che "*lo Stato membro d'origine è responsabile del controllo dell'attività del prestatore e dei servizi che questi fornisce, anche qualora il prestatore fornisca servizi in un altro Stato membro*".

funzione del relativo Stato membro di stabilimento, favorendo in tal modo una delocalizzazione verso i Paesi con gli standard di protezione sociale più bassi¹⁸³.

b) La clausola della libera prestazione: un mutuo riconoscimento rafforzato.

In virtù della necessità di trovare un compromesso intorno al quale raggiungere l'accordo essenziale per l'adozione dell'atto si decise di rinunciare al progetto iniziale di regolazione e, cancellato il riferimento al principio del Paese d'origine, venne dunque raggiunto un consenso comune, tramite il ritorno al classico divieto delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi.

La disposizione di cui all'articolo 16 della direttiva, in linea con un consolidato approccio giurisprudenziale, prevede semplicemente che lo Stato membro ospitante debba assicurare il libero accesso e l'esercizio dell'attività autonoma che il prestatore transfrontaliero intende espletare sul suo territorio¹⁸⁴. L'obbligo per lo Stato ospitante di accettare il prestatore proveniente da un altro Stato membro è parzialmente attenuato tramite l'applicazione della dottrina degli ostacoli¹⁸⁵ che permette alle autorità nazionali di prevedere misure restrittive della libera prestazione dei servizi ove siano giustificate da motivi attinenti a *“ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente”*¹⁸⁶, nel rispetto dei classici principi di non discriminazione,

¹⁸³ In particolare si è sovente sostenuto nel demagogico dibattito sulla proposta di direttiva che, in base al principio del Paese d'origine come inizialmente formulato, un operatore proveniente da uno Stato membro avrebbe potuto stabilirsi in altro Stato membro per esercitare la propria attività a titolo permanente (il famoso idraulico polacco) o avrebbe potuto trattare i suoi dipendenti secondo le condizioni stabilite dal Paese di provenienza (il fantasma del *dumping* sociale), quando invece si tratta di due situazioni che rientrano nella disciplina giuridica rispettivamente prevista per la libertà di stabilimento e per il distacco dei lavoratori (cfr. D'ACUNTO S., op. cit., p. 292). Per un'esauriente sintesi del dialogo interistituzionale e dell'iter legislativo per la ricerca di un effettivo consenso all'adozione della direttiva servizi, con uno specifico approfondimento sulla proposta originaria, vedasi MINGASSON J. P., De la proposition législative à l'adoption de la directive services, in DUBOS O., KAUFFMANN O., op. cit., pp. 31-41.

¹⁸⁴ Il principio del Paese di origine è stato sostituito da una disposizione formalmente meno impegnativa, ma sostanzialmente dall'analoga portata precettiva: ai sensi dell'attuale articolo 16 della direttiva infatti *“gli Stati membri rispettano il diritto dei prestatori di fornire un servizio in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stabiliti. Lo Stato in cui il servizio viene prestato assicura il libero accesso a un'attività di servizi e il libero esercizio della medesima sul proprio territorio”*.

¹⁸⁵ Oltre ai criteri generali che i requisiti devono soddisfare per risultare compatibili con il diritto comunitario, l'articolo 16, al par. 2, presenta, a titolo meramente indicativo, una serie di tipologie di restrizioni che gli Stati membri non possono in ogni caso imporre ai prestatori o ai destinatari di servizi. In dettaglio sono assolutamente vietati, in linea con una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia: l'obbligo di essere stabilito sul territorio dello Stato di destinazione del servizio; l'obbligo di ottenere un'autorizzazione dalle autorità competenti, compresa l'iscrizione in un registro o a un ordine professionale, salvo i casi previsti dalla presente direttiva o da altri strumenti di diritto comunitario; il divieto di dotarsi di una determinata forma o tipo di infrastruttura, inclusi uffici o uno studio, necessaria all'esecuzione delle prestazioni in questione; l'applicazione di un regime contrattuale particolare che impedisca o limiti la prestazione di servizi a titolo indipendente; l'obbligo di essere in possesso di un documento di identità specifico per l'esercizio di un'attività di servizi rilasciato dalle autorità ospitanti; i requisiti, ad eccezione di quelli in materia di salute e di sicurezza sul posto di lavoro, relativi all'uso di attrezzature e di materiali che costituiscono parte integrante della prestazione del servizio; le restrizioni alla libera circolazione dei servizi relative non ai prestatori, ma ai destinatari.

¹⁸⁶ Articolo 16, par. 1, lett. b), della direttiva. A riguardo appare utile riportare direttamente quanto previsto dal considerando n. 41: *“Il concetto di "ordine pubblico", come interpretato dalla Corte di giustizia, comprende la protezione contro una minaccia effettiva e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della collettività e può includere, in particolare, questioni legate alla dignità umana, alla tutela dei minori e degli adulti*

proporzionalità e necessità. La direttiva quindi, individua tassativamente i motivi invocabili dagli Stati membri per giustificare una misura interna che, seppur indistintamente applicabile (e quindi non discriminatoria), comporti un ostacolo alla libera prestazione dei servizi. Il legislatore in tal modo, diversamente da quanto previsto dalla stessa direttiva in materia di stabilimento, ha armonizzato le ragioni che possono legittimare una restrizione alla circolazione dei servizi rientranti nel suo campo di applicazione¹⁸⁷.

Sibillina risulta poi la previsione ai sensi della quale gli Stati membri restano comunque liberi di applicare le proprie norme in materia “*di condizioni di occupazione, comprese le norme che figurano negli accordi collettivi*”¹⁸⁸, quasi a voler concedere un'altra ipotesi di deroga a fini di tutela del lavoro applicabile però solo in caso di spostamento fisico.

c) Le riserve specifiche.

Ulteriori deroghe specifiche alle disposizioni della direttiva (rispetto alle generali esclusioni dal relativo campo di applicazione) sono tra l'altro previste in materia di libera prestazione di servizi in relazione ai servizi di interesse economico generale forniti in un altro Stato membro¹⁸⁹. Tali eccezioni supplementari a carattere specifico¹⁹⁰ non comportano l'applicazione d'ufficio della legge del Paese di destinazione, ma semplicemente la disciplina della questione è riservata alle norme precipe che regolamentano in modo autonomo tale materia.

Un'ultima classe di esclusioni concerne la possibilità per gli Stati membri di destinazione del servizio di ricorrere, tramite una procedura di “*mutua assistenza*” con le autorità del Paese di stabilimento, a deroghe per casi individuali ed eccezionali¹⁹¹, assumendo nei confronti di un prestatore stabilito in un altro Stato membro misure relative alla sicurezza dei servizi, a condizione che siano proporzionate e non rappresentino una duplicazione di requisiti già previsti a livello comunitario o nel Paese di stabilimento dell'operatore economico.

vulnerabili ed al benessere degli animali. Analogamente, la nozione di pubblica sicurezza comprende le questioni di incolumità pubblica.”.

¹⁸⁷ Infatti, in senso piuttosto controverso, per i servizi non rientranti nell'ambito operativo della direttiva 2006/123 gli Stati membri conservano invece la possibilità di continuare ad invocare la lista aperta delle esigenze imperative connesse all'interesse generale individuate dalla Corte di giustizia.

¹⁸⁸ Articolo 16, par. 3.

¹⁸⁹ “*Fra cui*” in particolare sono esplicitamente annoverati, a titolo meramente esemplificativo, i settori postale, dell'energia elettrica, del gas (servizi di rete già comunitarizzati), di distribuzione e fornitura idrica, di gestione delle acque reflue e di trattamento dei rifiuti.

¹⁹⁰ Ai sensi dell'articolo 17 della direttiva sono inoltre escluse dal campo di applicazione dell'articolo 16 talune materie già disciplinate da strumenti normativi comunitari specifici come relativamente al distacco dei lavoratori, al trattamento dei dati personali, ai diritti di proprietà intellettuale, alle professioni di notaio e di avvocato, alle qualifiche professionali, alla revisione legale dei conti annuali e consolidati, al recupero crediti, alle formalità amministrative a carico dei beneficiari del servizio riguardanti la circolazione ed il soggiorno dei cittadini comunitari e dei loro familiari, all'obbligo di un visto o di un permesso di soggiorno per i cittadini di Paesi terzi, alla sorveglianza delle spedizioni di rifiuti, al coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale.

¹⁹¹ Articolo 18 della direttiva da leggersi in combinato disposto con l'articolo 35 in materia di cooperazione amministrativa.

d) Un breve codice di consumo.

Nell'ambito del capo della direttiva dedicato alla libera prestazione dei servizi, un'apposita sezione è riservata ai “*diritti dei destinatari dei servizi*”¹⁹² ove si ripropongono i principi enucleati dalla Corte di giustizia, consolidandoli e completandoli con disposizioni innovative a carattere pratico principalmente in materia di accesso alle informazioni ed alla giustizia, volte a garantire ai consumatori di poter accedere liberamente alle prestazioni offerte da operatori stranieri nel proprio Paese di residenza o di spostarsi sul territorio comunitario per usufruire di un'attività di servizi.

Tale “*code des droits des utilisateurs des services*”¹⁹³ vieta agli Stati membri di dissuadere il consumatore dall'avvalersi di servizi transfrontalieri a favore degli operatori nazionali, ostacolando l'utilizzazione di servizi forniti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro¹⁹⁴ o lo spostamento del destinatario in altro Paese dell'Unione europea per ricevervi un servizio. Ulteriori disposizioni sono previste in materia di non discriminazione, con il divieto sia per le autorità nazionali, che in modo novatore per gli operatori privati, di imporre requisiti fondati sulla nazionalità o sul luogo di residenza dell'utente dei servizi, pur essendo comunque concesso di riservare un trattamento differenziato a taluni utenti, se giustificato in base a criteri oggettivi¹⁹⁵. Particolarmente utile ed innovativa appare infine la parte dedicata agli obblighi di assistenza a favore dei destinatari di servizi affinché nel Paese di residenza possano ricevere, anche per via elettronica, informazioni chiare ed univoche relative ai requisiti applicati negli altri Stati membri in materia di accesso alle attività di servizi e al loro esercizio, ai mezzi di ricorso esperibili in caso di controversia, alle associazioni di tutela dei consumatori¹⁹⁶, oltre che alla persona del prestatore, ai servizi offerti ed alle regole che disciplinano la relativa attività¹⁹⁷.

¹⁹² Sezione 2 del capo IV (articoli 19-21) della direttiva. Si rammenti che la nozione di destinatario, nel senso di utilizzatore reale o anche solo potenziale di un servizio, a fini professionali o meno, quale accolta nella direttiva è estremamente vasta dal momento che riguarda, oltre a cittadini comunitari e società europee, anche ogni persona fisica proveniente da un Paese terzo che possa beneficiare dei diritti conferiti da un atto comunitario di diritto derivato.

¹⁹³ D'ACUNTO S., op. Cit., p. 308.

¹⁹⁴ Nel dettaglio si fa riferimento, in modo meramente esemplificativo, all'obbligo “*di ottenere un'autorizzazione dalle loro autorità competenti o quello di presentare una dichiarazione presso di esse*” ed ai “*limiti discriminatori alla concessione di aiuti finanziari a causa del fatto che il prestatore è stabilito in un altro Stato membro o in ragione del luogo in cui il servizio è prestato*” (articolo 19, paragrafi 1 e 2 della direttiva).

¹⁹⁵ Articolo 20 della direttiva. Si rammenti che una discriminazione consiste in effetti nel trattamento diverso di situazioni analoghe o nel trattamento equivalente di situazioni diverse, quindi il trattamento differenziato di una situazione obiettivamente ed individualmente diversa è pienamente logica e legittima.

¹⁹⁶ L'articolo 21 della direttiva prevede che detti compiti di informazione possano essere affidati agli sportelli unici “*o ad altri organismi quali i punti di contatto della rete dei centri europei dei consumatori, le associazioni di consumatori o i centri Euro Info*” in modo da creare una rete europea di cooperazione ed assistenza reciproca sotto il monitoraggio della Commissione europea.

¹⁹⁷ Articolo 22 della direttiva, che pur inserito nel capo IV dedicato alla qualità dei servizi, conferisce ulteriori diritti specifici agli utenti di servizi.

§ 5. Gli adempimenti di natura tecnico – amministrativa a carattere funzionale

In materia di “*semplificazione amministrativa*”¹⁹⁸, per far fronte alle divergenze tra le procedure nazionali che regolamentano l'accesso o l'esercizio di un'attività di servizi, si pone a carico degli Stati membri l'obbligo di istituire degli sportelli che rappresentino l'unico interlocutore per gli operatori economici¹⁹⁹ presso cui espletare ogni formalità amministrativa senza eccessivi oneri, anche a distanza e tramite mezzi di comunicazione elettronica, consentendo il rapido reperimento di informazioni da parte di prestatori ed utilizzatori di servizi²⁰⁰.

La “*cooperazione amministrativa*”²⁰¹ vincola giuridicamente le autorità nazionali competenti ad obblighi di mutua assistenza e collaborazione con la Commissione e gli altri Stati membri richiedenti in modo da garantire uno scambio reciproco di informazioni ed una verifica incrociata sui rispettivi operatori economici e sulle attività di servizi da essi esercitate. Allo Stato di origine compete dunque controllare a titolo principale che il prestatore stabilito sul proprio territorio rispetti i requisiti fissati a livello interno, mentre allo Stato di destinazione restano comunque affidati compiti di sorveglianza inerenti l'attività svolta temporaneamente sul proprio territorio limitatamente a quegli interventi di cui è tollerata la sussistenza o nell'ipotesi di restrizioni giustificate da ragioni imperative di interesse generale. Tale divisione di responsabilità tra Stato di provenienza e Stato di destinazione costituisce anche il riflesso del compromesso risultante dalla rimozione del principio del Paese di origine e per funzionare deve garantire una precisa ed equilibrata ripartizione di competenze tra le rispettive autorità nazionali.

In tema di “*qualità dei servizi*”²⁰² al fine di accrescere la fiducia dei consumatori nei confronti delle attività di operatori economici stabiliti in altri Stati membri, sono previste specifiche disposizioni volte a migliorare i livelli di informazione degli utenti, la trasparenza dei servizi forniti, ed il confronto tra le diverse offerte degli operatori. Nell'ambito del medesimo capo si trovano la disciplina riguardante la rimozione dei divieti in materia di attività multidisciplinari e di pubblicità commerciale per le professioni regolamentate²⁰³.

¹⁹⁸ Capo II (articoli 5-8) della direttiva.

¹⁹⁹ L'obbligo di istituire una rete di sportelli unici, pur essendo concessa ampia libertà ai Paesi membri nella scelta delle effettive modalità di organizzazione (v. considerando n. 48), è stato spesso criticato a causa di un'inopportuna ingerenza nell'autonomia amministrativa nazionale e nella ripartizione di competenze tra Stato ed enti locali (per un approccio generalmente critico nei confronti della direttiva cfr. DAVIES G., *The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration*, op. cit., pp. 232-245).

²⁰⁰ In particolare in un'ottica di collaborazione e coordinamento tra autorità nazionali ed in linea con il principio del mutuo riconoscimento “*gli Stati membri che chiedono ad un prestatore o ad un destinatario di fornire un certificato, un attestato o qualsiasi altro documento comprovante il rispetto di un particolare requisito, accettano i documenti rilasciati da un altro Stato membro che abbiano finalità equivalenti o dai quali risulti che il requisito in questione è rispettato*” (Articolo 5, par. 3, della direttiva).

²⁰¹ Capo VI (articoli 28-36) della direttiva

²⁰² Capo V (articoli 22-27) della direttiva. I

²⁰³ In particolare, in merito all'articolo 24 della direttiva relativo alla soppressione dei divieti di comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate, l'Avvocato Generale Mazák nelle conclusioni del 18 maggio 2010 nella causa C-119/09, *Société fiduciaire*, pur accennando all'assenza di incidenza diretta di una norma siffatta sulla

Sezione II. Il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi

Il distacco di lavoratori costituisce un istituto particolare²⁰⁴, trattandosi di una prestazione di manodopera fornita dietro retribuzione per la quale il lavoratore distaccato rimane alle dipendenze dell'impresa prestatrice, senza che alcun contratto di lavoro sia stipulato con l'utilizzatore.

La Corte di giustizia, che per prima ha interpretato l'istituto (§ 1), e poi in seguito il legislatore comunitario, che ne ha disciplinato la regolazione tramite una specifica direttiva (§ 2), hanno fatto rientrare la cessione e l'utilizzo di manodopera in senso transfrontaliero nell'ambito dell'applicazione delle norme comunitarie relative alla libera prestazione dei servizi²⁰⁵.

L'adozione di una apposita direttiva in materia costituisce, come vedremo, la risposta del legislatore ad una giurisprudenza creativa, al fine di circoscrivere ed armonizzare le ipotesi di applicazione all'operatore economico transfrontaliero della normativa del Paese ospitante. Coinvolgendo il fenomeno del distacco materie e discipline diverse, analizzeremo altresì le modalità di coesistenza della direttiva 96/71 con la direttiva servizi e l'approccio del diritto internazionale privato alla questione della legislazione applicabile all'istituto (§ 3). In tale contesto risulta infine necessario analizzare come le Corti europee abbiano applicato le condizioni minimali di tutela previste dalla direttiva sul distacco (§ 4).

qualità dei servizi ed in via generale sulla tutela del consumatore, sottolinea come *"la corretta interpretazione e applicazione di detto articolo rappresentano l'indispensabile presupposto per fornire una prestazione di servizi di qualità, specie nel settore delle professioni regolamentate, trattandosi di un settore in cui è più evidente l'asimmetria informativa che esiste tra il prestatore e il destinatario di un servizio"* (p. 33 delle conclusioni). Si è altrove sottolineata la scarsa influenza sulla qualità dei servizi di previsioni in materia di divieti pubblicitari per le professioni regolamentate (in questo senso BARNARD C., *Unravelling the Services Directive*, in *Common Market Law Review*, 2008 (45), p. 376, ove si evidenzia come il capo V della direttiva *"contains a ragbag of provisions, most having little to do with quality directly"*).

²⁰⁴ In questo senso v. Conclusioni dell'Avvocato generale Bolt del 9 settembre 2010, cause riunite da C-307/09 a C-309/09, *Vicoplus*, punto 32, ove si sottolinea che *"bisogna riconoscere che la fornitura di manodopera costituisce un'attività particolarmente delicata dal punto di vista professionale e sociale"* e che *"a causa delle peculiari caratteristiche del rapporto di lavoro sottostante ad una siffatta attività, l'esercizio di questa incide direttamente sia sui rapporti esistenti sul mercato del lavoro, sia sui legittimi interessi dei lavoratori di cui trattasi"*.

²⁰⁵ Recentemente v. CGUE, 10 febbraio 2011, cause riunite da C-307/09 a C-309/09, *Vicoplus*, p. 51 ove si afferma: *"l'attività consistente, per un'impresa, nel fornire, contro corrispettivo, manodopera che rimane dipendente di detta impresa, senza che nessun contratto di lavoro sia stipulato con l'utilizzatore, costituisce un'attività professionale avente le caratteristiche indicate dall'articolo 57, primo comma, TFUE, e deve pertanto essere qualificata come servizio ai sensi di detta disposizione"*

§ 1. L'utilizzo transfrontaliero di manodopera dipendente nell'ambito di una prestazione di servizi

L'ambiziosa evoluzione del mercato interno e l'espansivo dinamismo delle libertà economiche hanno certamente incoraggiato le imprese a sviluppare in senso transfrontaliero le proprie attività di servizi, permettendo loro di offrire prestazioni sull'intero territorio comunitario. In tale contesto l'operatore economico, che a livello di impresa, usufruendo della libera prestazione, dislocava i propri lavoratori dipendenti in un altro Stato membro e manteneva allo stesso tempo un legame giuridico con la manodopera distaccata per l'esecuzione del servizio, ha posto un notevole problema giuridico in merito alla legislazione applicabile al rapporto di impiego ed ai relativi obblighi contrattuali.

La Corte di giustizia, in un *obiter dictum*, aveva riconosciuto che il diritto comunitario non ostava in via di principio alla possibilità che gli Stati membri estendessero l'applicazione delle proprie leggi o contratti collettivi a chiunque svolga nel loro territorio un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel quadro di una prestazione di servizi, indipendentemente dal Paese ove è stabilito il datore di lavoro²⁰⁶. Era stata in tal modo, perlomeno astrattamente, avallata l'applicazione della legge dello Stato ospitante nei confronti della manodopera distaccata, in base al presupposto che la tutela dei diritti dei lavoratori costituisce una ragione imperativa di interesse generale che può giustificare una compressione della libera prestazione dei servizi, con conseguente applicazione della tutela giuslavoristica prevista dal Paese di destinazione. La Corte di giustizia con tale presa di posizione aveva manifestato la volontà di proteggere la sovranità nazionale in materia di tutela dal lavoro dagli effetti espansivi e potenzialmente demolitori dell'esplicarsi delle libertà fondamentali²⁰⁷, creando una sorta di potenziale immunità alla regolazione sostanziale del rapporto contrattuale di lavoro rispetto alle esigenze del mercato interno.

La portata effettiva della giurisprudenza sembrava dunque consentire agli Stati membri di applicare il principio della parità di trattamento tra lavoratori nazionali e stranieri, lasciando alle stesse autorità nazionali ampia discrezionalità nello stabilire il *quantum* di tutela da accordare alla manodopera distaccata²⁰⁸.

Un'integrale applicazione negli ordinamenti giuridici nazionali della succitata decisione avrebbe

²⁰⁶ CGUE, 27 marzo 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/90, nell'ambito della quale si era stabilita l'illegittimità dell'obbligo imposto dalla Repubblica francese nei confronti di prestatori di servizi provenienti dal Portogallo, di assumere lavoratori locali e di ottenere un permesso di lavoro per il personale temporaneamente distaccato. Tale giurisprudenza, pur enunciando astrattamente il principio della facoltà di estensione da parte dello Stato ospitante del proprio diritto del lavoro, aveva di fatto ritenuto contrario al diritto comunitario l'applicazione di condizioni restrittive al prestatore transfrontaliero di servizi.

²⁰⁷ Il giudice comunitario ha infatti riconosciuto che il distacco di lavoratori subordinati nell'ambito della libera prestazione di servizi "può avere un impatto sul mercato del lavoro dello Stato membro del destinatario della prestazione" (CGUE, 10 febbraio 2011, *Vicoplus*, cit., p. 51). Più ampiamente v *infra*.

²⁰⁸ Così ORLANDINI G, *La libertà di circolazione dei lavoratori subordinati*, op. cit., p. 556.

legittimato l'integrale estensione nei confronti dei lavoratori distaccati dell'intero complesso normativo e contrattuale previsto per la manodopera nazionale nello Stato membro ospitante, senza che la Corte di giustizia avesse tra l'altro contribuito a specificare le fonti legislative o i contratti collettivi destinati a disciplinare in via generale il rapporto di lavoro.

Per evitare lo scenario d'eccessiva incertezza giuridica circa la regolazione dei rapporti di lavoro derivante dalla disparità tra le legislazioni interne dei Paesi membri si è preferito definire a livello comunitario un nucleo di norme vincolanti di protezione minima cui deve attenersi nel Paese ospitante il datore di lavoro che distacchi dipendenti per svolgere un'attività di servizi a carattere temporaneo.

§ 2. La direttiva 96/71: un instabile equilibrio tra libera concorrenza e protezione dei lavoratori

La direttiva 96/71²⁰⁹ attribuisce agli Stati membri di destinazione il potere di determinare i termini e le condizioni di impiego della manodopera trasferita nell'ambito di una prestazione di servizi nel rispettivo mercato interno del lavoro.

Tale misura normativa, non armonizzando il contenuto sostanziale delle norme vincolanti di protezione minima, ha conferito alle autorità nazionali il compito di fissare gli standard inderogabili di tutela nel rispetto dei Trattati e dei principi generali del diritto comunitario, con il duplice scopo di garantire, da un lato, la libera prestazione dei servizi in un regime di leale concorrenza tra imprese nazionali e transfrontaliere e di evitare, dall'altro, il *dumping* sociale nei differenziali del costo del lavoro tra la manodopera dello Stato ospitante e quella distaccata da un altro Paese membro²¹⁰.

In virtù delle differenze che continuano a sussistere nel livello di protezione dei diritti sociali assicurato dai diversi modelli statali esistenti all'interno del territorio comunitario, le rispettive legislazioni nazionali necessitano di essere coordinate per definire un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima nel Paese ospitante. La finalità "sociale"²¹¹ perseguita dal legislatore

²⁰⁹ Per un approfondimento in merito al complesso iter di approvazione dell'atto, adottato in base alla procedura di co-decisione nell'ambito del processo di ravvicinamento delle legislazioni nazionali in seno al mercato interno, si faccia riferimento al contributo di BALANDI G.G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 1998 n° 20, p. 115 ss.

²¹⁰ In questo senso ZILIO GRANDI G., *Il dumping sociale intracomunitario alla luce della più recente giurisprudenza CGE. Quando la libertà economica prevale sui diritti sociali*, in Atti del Convegno Nazionale *Nuovi assetti delle Fonti del diritto del lavoro*, 2011, CASPUR-CIBER Publishing, p. 47: "La ratio evidente della Direttiva era quella di evitare una competizione tra ordinamenti nazionali falsata da dislivelli nella tutela accordata mediante i c.d. standard sociali, ed in particolare con la disciplina lavoristica presente – ancora in quantità e qualità ovviamente differente – nei diversi Paesi membri, specie dopo l'allargamento verso Est dell'Unione."

²¹¹ Così esplicitamente, e non senza sorpresa, *Comunicazione della Commissione Orientamenti relativi al distacco dei lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*, 4/4/2006, Com (2006) 159 def., p. 2. Si rammenti che, nonostante la garanzia di sopravvivenza concessa ai sistemi nazionali di regolazione del rapporto di lavoro degli Stati ospitanti,

comunitario non derivava dalla volontà di armonizzare il contenuto materiale delle disposizioni imperative, né tanto meno di modificare la legge applicabile al contratto di lavoro, ma piuttosto di rafforzare la certezza giuridica, definendo una disciplina vincolante ed applicabile “*qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro*”. In tal senso si intendeva rimuovere, o perlomeno limitare, possibili restrizioni alla libera circolazione dei servizi nel mercato interno, assicurando al contempo un dignitoso livello di tutela dei diritti sociali.

Tale ambizioso obiettivo viene perseguito definendo un quadro di regole minimali obbligatorie in materia di condizioni di lavoro e di occupazione che le imprese stabilite in uno Stato membro sono tenute a garantire ai lavoratori da esse distaccati nel territorio di un altro Stato membro.

Analizzeremo quindi di seguito il campo di applicazione della direttiva sul distacco (a), le modalità di definizione del nucleo minimo di tutele applicabili ai lavoratori distaccati e le possibilità di derogare all'applicazione della legge del Paese ospitante (b). Si farà infine brevemente menzione degli strumenti previsti per assicurare la cooperazione tra autorità nazionali competenti nell'applicazione della direttiva e per garantire ai lavoratori distaccati l'effettività delle tutele del Paese di destinazione del servizio (c).

a) Campo di applicazione e destinatari delle disposizioni obbligatorie.

I soggetti destinatari della direttiva sono le “imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano lavoratori nel territorio di un altro Stato membro²¹². Le suddette imprese rientrano nel campo di applicazione della direttiva, a condizione di conservare un rapporto giuridico costante, durante l'esecuzione della prestazione transfrontaliera, con il lavoratore distaccato, che per un periodo limitato svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello dove opera abitualmente.

Nello specifico la direttiva prevede tre autonome ipotesi di applicazione che si differenziano in virtù del diverso rapporto che si instaura tra imprese “comunitarie”²¹³ distaccanti ed utilizzatori del servizio, a seconda che si tratti di un contratto di servizi tra impresa e destinatario della prestazione, di relazioni interne ad una singola impresa od a un gruppo o infine di un rapporto tra agenzie di lavoro temporaneo o che effettuano la cessione temporanea di lavoratori ed i loro clienti²¹⁴.

la base giuridica della direttiva non sia tuttavia individuabile nelle disposizioni del diritto primario dedicate alla politica sociale, mentre invece vada ricercata nell'ambito delle previsioni relative al mercato interno che hanno come finalità il pieno realizzarsi della libera prestazione di servizi e della libertà di stabilimento. Tale impostazione riflette l'approccio classico del legislatore comunitario sospinto dalla convinzione che lo sviluppo delle libertà del mercato interno possa indirettamente favorire gli standard di protezione sociale.

²¹² Articolo 1 della direttiva.

²¹³ Infatti ai sensi dell'articolo 1.4 della direttiva “*le imprese stabilite in uno Stato non membro non possono beneficiare di un trattamento più favorevole di quello riservato alle imprese stabilite in uno Stato membro*”, restando dunque gli operatori economici non comunitari del tutto estranei dal campo di applicazione della direttiva.

²¹⁴ Così BALANDI G. G., op. cit., p. 121.

Tali tre diverse situazioni di distacco possono rispettivamente essere ravvisate nelle ipotesi di: appalto di opere o servizi che comporti lo spostamento del prestatore sul territorio dello Stato membro del committente per eseguire un'attività di servizi da effettuarsi per conto e sotto la direzione dell'impresa distaccante; prestazione di un servizio transnazionale presso uno stabilimento della stessa impresa situato in altro Stato membro o presso un'impresa "consociata" appartenente allo stesso gruppo dell'impresa distaccata, ma operante in altro Paese dell'Unione europea; utilizzazione da parte di un'impresa avente sede o centro di attività in uno Stato membro di un lavoratore temporaneo distaccato da un'agenzia di lavoro o da un'impresa che effettua la cessione temporanea di lavoratori, aventi entrambe sede in uno Stato membro diverso da quello dell'impresa utilizzatrice²¹⁵.

b) Le norme inderogabili in caso di distacco: individuazione delle fonti ed ipotesi di deroga.

Al fine di disciplinare l'attività economica transfrontaliera del prestatore che distacca la propria manodopera "*nell'interesse delle parti è necessario definire le condizioni di lavoro e di occupazione*"²¹⁶. Il problema della normativa applicabile al distacco (la disciplina del Paese di origine o quella del Paese ospitante) deriva dall'esigenza "*di coordinare le legislazioni degli Stati membri per definire un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima che dovranno essere rispettate nello Stato ospitante a prescindere dalla durata del distacco dei lavoratori*"²¹⁷.

Qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro va garantito ai lavoratori distaccati²¹⁸ il rispetto delle condizioni di lavoro e di occupazione fissate dallo Stato membro ospitante relativamente ad un elenco di materie prefissate²¹⁹. In merito a tali ambiti regolativi deve essere

²¹⁵ In merito a tale ultima ipotesi la Corte ha recentemente avuto modo di precisare che "*il distacco di lavoratori ai sensi dell'articolo 1, n. 3, lett. c), della direttiva 96/71 è una prestazione di servizi fornita dietro retribuzione per la quale il lavoratore distaccato rimane alle dipendenze dell'impresa prestatrice, senza che alcun contratto di lavoro sia stipulato con l'impresa utilizzatrice. Esso è caratterizzato dal fatto che il trasferimento del lavoratore nello Stato membro ospitante costituisce l'oggetto stesso della prestazione di servizi effettuata dall'impresa prestatrice e che detto lavoratore svolge i suoi compiti sotto il controllo e la direzione dell'impresa utilizzatrice*" (CGUE, 10 febbraio 2011, cause riunite da C-307/09 a C-309/09, *Vicoplus*, p. 51).

²¹⁶ Sesto considerando della direttiva.

²¹⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale *Villalón* del 5 maggio 2010, *Santos Palhota*, cit., punto 40.

²¹⁸ Ai sensi dell'articolo 2 della direttiva per lavoratore distaccato deve intendersi il soggetto che per un periodo di tempo limitato svolge, nell'ambito di una prestazione di servizi, il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro dell'Unione europea diverso dal Paese ove è solito lavorare.

²¹⁹ Più precisamente le materie in merito alle quali deve prevedersi il rispetto di determinate condizioni da parte dello Stato membro ospitante sono: periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; durata minima delle ferie annuali retribuite; tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario (esclusi i regimi pensionistici integrativi di categoria); condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; sicurezza, salute e igiene sul lavoro; provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione (così l'articolo 3.1 della direttiva). Si è rimarcato come l'elenco delle materie per cui è prevista la garanzia di un'insieme di prescrizioni minimali rispecchi sostanzialmente le competenze delegate dagli Stati membri nei confronti delle istituzioni comunitarie nel settore della politica sociale, con la notevole eccezione delle tariffe salariali (per tale contributo *ORLANDINI G., La libertà di circolazione dei lavoratori subordinati*, op. cit., p. 560).

prevista la garanzia di un nucleo essenziale di norme imperative che assicurino nello Stato membro ove si svolge la prestazione un trattamento analogo tra manodopera locale e lavoratori distaccati.

Tale “nocciolo duro” di norme vincolanti può essere disciplinato tramite disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, oppure ancora, limitatamente al settore edile, per mezzo di contratti collettivi o di arbitrati, purché di applicazione generale.

Sono tuttavia previste una serie di deroghe a tale regime di portata generale per garantire agli Stati membri maggiore flessibilità nell'applicazione del diritto nazionale²²⁰. Ai sensi della direttiva è concessa inoltre agli Stati membri, nel rispetto della parità di trattamento tra imprese nazionali e comunitarie, la facoltà di estendere la disciplina giuslavoristica nazionale anche rispetto a materie diverse da quelle tassativamente previste dalla direttiva, purché si tratti di disposizioni di ordine pubblico²²¹. Anche in tal caso, come confermato successivamente dalla direttiva servizi, sembrano ridursi le possibilità di deroga alla libera prestazione dei servizi concesse agli Stati membri ospitanti stante il mero richiamo alla nozione di ordine pubblico e non alle esigenze imperative di interesse generale che avrebbero notevolmente ampliato le ipotesi di applicazione della normativa nazionale dello Stato ospitante nei confronti delle imprese straniere che distacchino manodopera sul proprio territorio. Le autorità nazionale possono altresì riservarsi d'imporre condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati di applicazione generale anche rispetto ad attività diverse dal mero settore edile.

La stessa direttiva chiarendo il rapporto tra normativa dello Stato di origine e normativa dello Stato ospitante, accoglie il principio generale di favore per il lavoratore, e non osta all'applicazione di ulteriori condizioni previste dallo Stato membro di provenienza che siano più favorevoli ai lavoratori, sempre che non superino gli standard minimi di tutela che si impongono di per sé in virtù

²²⁰ A riguardo si prevede la non applicabilità della direttiva limitatamente alla materia delle ferie e delle tariffe salariali minime per le ipotesi di brevi distacchi di durata non superiore agli otto giorni (salvo il settore edilizio) per l'installazione di un bene nel quadro di un contratto di fornitura di beni (art 3.2) ed in caso di scarsa entità dei lavori da effettuare in base all'apprezzamento delle autorità nazionali (articolo 3.5). Si configurano inoltre ulteriori ipotesi di eccezione concesse agli Stati membri in materia di tariffe minime salariali per i distacchi di durata non superiore ad un mese tramite la previa consultazione delle parti sociali (articolo 3.3) o nel quadro dell'esercizio dell'autonomia collettiva, tramite l'attribuzione del potere di deroga ai contratti collettivi (articolo 3.4).

²²¹ In merito all'apprezzamento della nozione di ordine pubblico di cui all'articolo 3.10 della normativa comunitaria, si rileva la discordanza di opinioni tra Commissione e Parlamento, essendosi dichiarato quest'ultimo contrario ad un'interpretazione restrittiva, da parte dell'esecutivo comunitario del concetto di “disposizioni di ordine pubblico” (cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 96/71 CE relativa al distacco dei lavoratori*, 2006/2038 (INI)). La posizione garantista nei confronti dei lavoratori, soggetti deboli nel bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali, è stata poi ulteriormente ribadita dal Parlamento europeo che ha finanche proposto di estendere la base giuridica della direttiva sul distacco al fine di includere un riferimento alla libera circolazione dei lavoratori (*Résolution non législative*, PE T6-0513/2008, 22/10/2008). L'interpretazione restrittiva della Commissione appare tuttavia perfettamente in linea con la giurisprudenza comunitaria in materia che ha specificato come la portata di tale nozione, pur esistendo un certo margine discrezionale in capo alle autorità nazionali, non possa essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro e debba essere comunque giustificata da gravi ragioni di interesse generale, quale l'esistenza di una minaccia effettiva a uno degli interessi fondamentali della collettività, non potendo in ogni caso legittimare l'obbligo di osservanza dell'intero diritto del lavoro del Paese ospitante (cfr. *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni relativa all'applicazione della direttiva 96/71 negli Stati membri*, 25/7/2003, COM(2003) 458 def., pp. 13-14).

della direttiva stessa. Di conseguenza sostanzialmente quale principio generale si applicano le norme dello Stato ospitante, ma il lavoratore mantiene le tutele superiori garantite dalla legislazione dello Stato di origine.

c) Cooperazione amministrativa e tutela giurisdizionale

Ai fini dell'attuazione della direttiva gli Stati membri sono tenuti a istituire un'autorità di controllo e a designare uffici di collegamento, oltre a più generalmente predisporre una cooperazione amministrativa in materia di informazione²²² al fine di offrire alle imprese distaccanti ed agli stessi lavoratori impiegati chiare, complete ed agevolmente accessibili indicazioni circa le condizioni di lavoro applicabili nel Paese ospitante. Per raggiungere tale obiettivo vengono direttamente responsabilizzate le autorità nazionali, stimolandole ad una collaborazione concreta con le amministrazioni pubbliche degli altri Stati membri, tramite lo scambio di documentazione anche per via elettronica²²³. La direttiva prevede, oltre a misure di controllo della regolarità delle situazioni di distacco, anche una clausola di competenza giudiziaria specifica²²⁴ secondo la quale per far valere le condizioni vincolanti di lavoro e di occupazione fissate dalla normativa comunitaria è possibile promuovere un procedimento giudiziario nello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è o era distaccato, ferma restando la facoltà di promuovere, in base alle norme vigenti in materia di competenza giudiziaria, un procedimento giudiziario in un altro Stato.

§ 3. Il rapporto della direttiva sul distacco con la direttiva servizi ed il diritto internazionale

²²² Articolo 4 della direttiva. A riguardo la Commissione ha avuto modo di specificare come gli Stati membri debbano precisare esattamente le norme specifiche che si applicano nei confronti dei prestatori di servizi stranieri, non risultando sufficiente fornire informazioni sul diritto del lavoro interno in generale, senza indicare le condizioni che si applicano ai lavoratori distaccati, che dovrebbero tra l'altro essere eventualmente disponibili in lingue diverse dalla lingua nazionale del Paese ospitante (*Comunicazione della Commissione Orientamenti relativi al distacco dei lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*, 4/4/2006, Com(2006) 159 def., p. 2, le cui conclusioni sono state successivamente confermate nella *Raccomandazione della Commissione del 31 marzo 2008 sul rafforzamento della cooperazione amministrativa nel contesto del distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi* (2008/C 85/01), punto 2).

²²³ Precisa al riguardo è la *Raccomandazione della Commissione del 31 marzo 2008 sul rafforzamento della cooperazione amministrativa nel contesto del distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi* (2008/C 85/01), ove si sottolinea la necessità di provvedere alla creazione di un sistema elettronico di scambio di informazioni volto a sostenere la cooperazione amministrativa essenziale all'applicazione della direttiva (punto 1) e di partecipare ad un processo sistematico e formale di identificazione e di scambio di buone prassi (punto 3).

²²⁴ Anche in tal caso la direttiva costituisce un'integrazione ed una specificazione, adeguata alla situazione precipua del distacco, rispetto a quanto disposto dal Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in GU L 012 del 16 gennaio 2001) ai sensi del quale si configura a favore del lavoratore una deroga al principio generale del foro normalmente applicabile in base alla residenza, prevedendosi (articolo 19) che il datore di lavoro domiciliato nel territorio di uno Stato membro possa essere convenuto davanti ai giudici dello Stato membro in cui è domiciliato o in un altro Stato membro davanti al giudice del luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività o a quello dell'ultimo luogo in cui la svolgeva abitualmente, od ancora, qualora il lavoratore non svolga o non abbia svolto abitualmente la propria attività in un solo Paese, davanti al giudice del luogo in cui è o era situata la sede d'attività presso la quale è stato assunto.

privato

La direttiva servizi impone l'applicazione nella sua interezza del diritto del lavoro dello Stato ospitante soltanto nell'ipotesi in cui l'impresa straniera intenda ivi esercitare stabilmente la sua attività di servizi. Nel caso invece di un operatore economico stabilito in uno Stato membro che intenda effettuare una prestazione a carattere temporaneo sul territorio di un altro Paese membro, trasferendo a tal fine propria manodopera, il rinvio della direttiva servizi alla disciplina prevista dalle disposizioni in materia di distacco dei lavoratori non è sufficiente ad assicurare l'integrale applicazione della normativa giuslavoristica dello Stato ospitante. La direttiva 96/71 non impone, infatti, una totale parità di trattamento tra manodopera locale e distaccata, prevedendo che ai lavoratori trasferiti siano applicati solo taluni istituti del diritto del lavoro dello Stato ospitante (restano ad esempio esclusi e quindi soggetti alla disciplina dello Stato di origine le condizioni relative al diritto di sciopero, al licenziamento ed all'assunzione con le rispettive tutele giurisdizionali).

La direttiva 2006/123 prevede inoltre espressamente che il principio del mutuo riconoscimento quale implicitamente formulato nell'ambito della clausola di libera prestazione non si applichi alle condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori distaccati per prestare un servizio nel territorio di un altro Stato membro. Ugualmente, anche la stessa possibilità concessa dalla direttiva 96/71 agli Stati membri di estendere la rispettiva normativa di diritto del lavoro nei confronti dei lavoratori distaccati non è assoluta, essendo comunque sottoposta da parte del giudice comunitario a talune limitazioni che finiscono di fatto col rispecchiare la dottrina degli ostacoli prevista nell'ambito del principio del mutuo riconoscimento.

La direttiva 96/71 si pone altresì in termini di *lex specialis* rispetto ai criteri generali stabiliti dal diritto internazionale privato in merito alla selezione della legge applicabile al rapporto di lavoro. A tal proposito la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed il Regolamento comunitario che l'ha sostituita²²⁵ prevedono quale regola generale, la libera scelta della normativa applicabile ad opera delle parti, cui non compete tuttavia privare il lavoratore della protezione discendente dalle disposizioni imperative della legge che avrebbe regolato il contratto in mancanza di scelta. In assenza di un'opzione delle parti contraenti, si configura invece l'applicazione della legge del Paese ove il lavoratore svolge abitualmente la propria professione, anche se temporaneamente distaccato in altro Paese, oppure ancora la disciplina dello Stato in cui si trova la sede dell'impresa da cui dipende, a meno che dall'insieme delle circostanze non risulti che il

²²⁵ La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è stata successivamente comunitarizzata ed è stata sostituita dal Regolamento n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in GU L 177 del 4.7.2008.

contratto presenti un collegamento più stretto con un altro Paese²²⁶.

Anche in tal caso una sostanziale affermazione del principio del Paese di origine veniva bilanciata dalla previsione che a determinate condizioni ed in via eccezionale fosse dato effetto alle norme imperative dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è temporaneamente distaccato, prevedendo in tal modo un parziale ritorno alla legge del Paese di destinazione, a condizione che si tratti di disposizioni vincolanti ai sensi del diritto internazionale privato, designate anche “leggi di applicazione necessaria²²⁷” che prevalgono sulle norme in vigore nel luogo di prestazione abituale del lavoro (o secondo la terminologia comunitaria di stabilimento).

La direttiva sul distacco appare sostanzialmente coerente con le disposizioni del diritto internazionale privato, prescindendo da quale sia la legislazione concretamente applicabile al rapporto di lavoro e disciplinando invece le ipotesi in cui l'applicazione della legge dello Stato ospitante deve essere imposta imperativamente. In tal caso la direttiva opera in funzione integrativa rispetto alle norme di diritto internazionale privato proprio ove individua tassativamente quali siano le singole disposizioni dell'ordinamento dello Stato membro ospitante di applicazione necessaria nei confronti dei lavoratori stranieri che operano temporaneamente sul suo territorio nell'ambito di una prestazione comunitaria di servizi²²⁸, sottraendo agli Stati membri il potere discrezionale di individuare tali fonti imperative.

§ 4. Il distacco alla prova pratica: la definizione giurisprudenziale del nocciolo duro di tutela applicabile ai lavoratori distaccati

La Corte di giustizia tramite la propria giurisprudenza ed un'analisi ermeneutica del dato normativo ha contribuito in modo essenziale all'applicazione della direttiva 96/71, specificando talune disposizioni volutamente vaghe e definendo più precisamente certe nozioni generali. Di capitale importanza appare dunque approfondire gli effetti della direttiva alla prova pratica, studiandone l'applicazione da parte delle giurisdizioni comunitarie²²⁹.

²²⁶ Articolo 8.2 del Regolamento 593/2008.

²²⁷ Definendo a livello comunitario le norme vincolanti in situazioni di distacco transnazionale di lavoratori, la direttiva opera conformemente ed in perfetta continuità con quanto originariamente previsto dalla convenzione di Roma in materia di “*disposizioni imperative*” (articolo 7) e con quanto attualmente disposto dal Regolamento Roma I in merito alle “*norme di applicazione necessaria*” (articolo 9 e considerando 34 del Regolamento 593/2008), completando le disposizioni del diritto internazionale privato e contribuendo a specificarne la portata.

²²⁸ Così PALLINI M., *La proposta di direttiva Bolkestein: tanto rumore per nulla?*, in GIACOBBE G. (a cura di), Scritti in memoria di Vittorio Sgroi, Milano, 2008, pp. 981-986.

²²⁹ Per una sintesi delle restrizioni individuate dalla giurisprudenza v. *Comunicazione della Commissione Orientamenti relativi al distacco dei lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*, 4/4/2006, Com (2006) 159 def., pp. 1-8, ove la Commissione europea ha evidenziato la natura potenzialmente restrittiva di talune misure di controllo, quali l'obbligo di disporre di un rappresentante domiciliato nel territorio dello Stato membro ospitante; l'obbligo sistematico di ottenere una specifica autorizzazione o di effettuare la registrazione preventiva del distacco presso le autorità competenti dello Stato membro ospitante; l'imposizione di formalità amministrative o condizioni ulteriori nei confronti dei lavoratori distaccati cittadini di un Paese terzo, regolarmente assunti ed occupati da un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, salva la possibilità di verificare i controlli ivi effettuati; o ancora

I giudici di Lussemburgo hanno posto taluni limiti alla possibilità concessa agli Stati membri di applicare le disposizioni del diritto del lavoro dello Stato ospitante ai lavoratori distaccati nel loro territorio, qualora i livelli di tutela imposti siano più elevati di quelli previsti dagli standard minimi obbligatori imposti dalla direttiva sul distacco.

La Corte ha quindi specificato come l'obbligo sancito dalla stessa direttiva di assicurare la parità di trattamento tra imprese nazionali e straniere vada inteso nel senso che nessuna finalità può giustificare l'applicazione alle imprese di altri Stati membri di discipline legislative o contrattuali aggiuntive rispetto a quelle che trovano applicazione nei confronti delle imprese nazionali, salvo che derivi da una differenza di situazione oggettivamente riscontrabile²³⁰.

Allo stesso tempo una normativa nazionale che assicuri la parità formale deve inoltre garantire l'effettività della tutela in favore del lavoratore distaccato, essendo consentita l'applicazione della regolazione dello Stato ospitante ove sia più favorevole anche solo parzialmente ed anche al di sopra degli standard di tutela previsti dalla direttiva comunitaria, purché risulti non solo astrattamente ma autenticamente e concretamente vantaggiosa per il lavoratore²³¹.

Si è ravvisata un'inammissibile duplicazione di tutela in tutti quei casi ove, anche tramite istituti non comparabili, sia comunque di fatto assicurata una protezione sostanzialmente equiparabile tra i due ordinamenti dello Stato di origine e di destinazione. Ciò anche nel caso ove le forme di tutela diversa si compensino vicendevolmente fino a raggiungere un'equivalenza sostanziale, la cui valutazione è rimessa ai giudici nazionali²³².

La normativa nazionale del Paese ospitante, oltre ad essere non discriminatoria ed a garantire al lavoratore una tutela superiore a quella prevista dal proprio ordinamento, deve in ogni caso

l'obbligo di tenere e conservare tutti i documenti sociali nel Paese di distacco, se le informazioni fornite dai documenti richiesti dalla normativa dello Stato membro di stabilimento sono globalmente sufficienti a permettere i controlli necessari allo Stato membro ospitante, eccetto i documenti relativi alle condizioni di salute e di sicurezza sul lavoro ed in genere quei documenti che per loro natura non possono che essere redatti in loco (quali i libri-presente dei lavoratori). Legittima ed auspicabile risulta invece essere la prassi di esigere dal prestatore di servizi la presentazione di una dichiarazione che indichi i lavoratori distaccati, nonché la durata ed il tipo di servizi.

²³⁰ In tal senso si è, infatti, ammesso che alle imprese stabilite al di fuori dello Stato membro ospitante possa essere legittimamente imposto di fornire più informazioni rispetto alle imprese stabilite in tale Stato, purché la disparità di trattamento sia giustificata da obiettive differenze tra prestatori transfrontalieri e nazionali (cfr. CGUE, 25 ottobre 2001, Cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*, punti 69-74 ove si sottolinea come “*il fatto che le imprese con sede fuori dalla Germania non siano soggette agli stessi obblighi in materia di informazioni da fornire può attribuirsi alla diversità obiettive esistenti tra tali imprese e quelle con sede in Germania*”. In senso opposto tuttavia “*l'obbligo di fornire specifici documenti allo Stato membro non può essere giustificato se questo è in grado di effettuare i controlli necessari sulla base di documenti tenuti in conformità della normativa dello Stato membro di stabilimento*”).

²³¹ Conclusioni dell'avvocato generale Colomer del 14 dicembre 2006, C-490/04, *Commissione c. Germania*, punti 62 e 68.

²³² Nel medesimo senso si pone il divieto del duplice controllo, imponendo che, relativamente alle modalità di vigilanza sull'osservanza della direttiva 96/71, “*sussista un grado ragionevole di equivalenza tra i meccanismi di garanzia vigenti nello Stato ospitante e quelli imposti nello Stato di origine del datore di lavoro* (Conclusioni dell'Avvocato generale Villalòn del 5 maggio 2010, *Santos Palhota cit.*, punto 79). Tale impostazione sottende in sostanza il principio della fiducia reciproca e della mutua assistenza tra gli Stati membri, “*poiché, in definitiva, il diniego del "duplice onere" implica l'accettazione del diritto dell'altro Stato membro (quello vigente nel Paese di origine), quale strumento valido per la difesa dell'interesse generale nel Paese ospitante*” (punto 82).

rispondere al parametro della proporzionalità nei confronti degli effetti restrittivi arrecati alla libera circolazione dei servizi²³³. I giudici di Lussemburgo hanno, infatti, dimostrato la duttilità della dottrina degli ostacoli, inizialmente teorizzata per essere applicata alla libera circolazione delle merci, adattandola anche al settore della libera prestazione dei servizi, e più nel dettaglio ai casi di distacco dei lavoratori nel quadro di una prestazione transnazionale.

L'assunto iniziale consiste nella dichiarata necessità di verificare comunque la compatibilità rispetto al regime della libera circolazione dei contratti collettivi e delle leggi nazionali che costituiscono il nocciolo duro di protezione minimale da applicarsi ai lavoratori distaccati²³⁴. Tale controllo di compatibilità va effettuato caso per caso, verificando preliminarmente che non sia prevista una tutela analoga nel Paese d'origine e che la tutela aggiuntiva offra effettivi vantaggi ai lavoratori distaccati, ed applicando poi il classico test di proporzionalità per appurare se esistano mezzi meno restrittivi della circolazione comunitaria per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico.

Anche nell'ipotesi di estensione delle disposizioni legislative o contrattuali aventi natura di ordine pubblico a materie diverse da quelle previste dalla direttiva, si è imposto che vada garantita la compatibilità con il diritto comunitario, stante l'espressa previsione da parte della direttiva della possibilità di derogare nei limiti del "*rispetto del Trattato*". Vista la generalità dell'espressione utilizzata dal legislatore ed onde evitare che fosse determinata unilateralmente dagli Stati membri, la Corte di giustizia si è riservata la competenza di precisare la portata della nozione di ordine pubblico, interpretandola in modo restrittivo e riconducendola nell'ambito dei motivi di deroga alla libera prestazione dei servizi in cui la stessa direttiva si iscrive²³⁵. In base alla giurisprudenza comunitaria, per legittimare l'applicazione nei confronti dei lavoratori distaccati di una disciplina dello Stato ospitante aggiuntiva rispetto alla direttiva, non è sufficiente quindi che la disposizione nazionale abbia natura di ordine pubblico, ma deve altresì perseguire effettivamente e proporzionalmente l'interesse di tutela dei lavoratori²³⁶. La posizione del giudice comunitario sembra dunque denotare una radicale scelta di campo a favore della nozione più stringente di ordine pubblico internazionale a svantaggio di quella di ordine pubblico interno, confermando il carattere eccezionale dell'estensione ai prestatori transfrontalieri delle tutele nazionali del diritto del lavoro dello Stato ospitante in ambiti diversi da quelli fissati dalla direttiva.

Occorre infine rimarcare che la Corte di giustizia, al fine di garantire un'efficace e concreta tutela dei diritti dei lavoratori distaccati, ha giustificato in base all'interesse generale le misure nazionali di controllo e di ispezione dello Stato ospitante necessarie per l'adempimento degli obblighi

²³³ CGUE, 24 gennaio 2002, C-164/99, *Portugaia Construções*, punti 21-23 e giurisprudenza ivi citata.

²³⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 23 maggio 2007 nella causa *Laval*, cit., punto 150, ove si è statuito che "*riconoscere un provvedimento come conforme alla direttiva 96/71 non significa necessariamente che lo stesso sia compatibile con l'articolo 49 CE, come interpretato dalla Corte*".

²³⁵ In tale senso CGUE, 19 giugno 2008, *Commissione c. Lussemburgo*, cit., punti 30-31.

²³⁶ *Ibidem*, p. 33.

incombenti ai prestatori transfrontalieri ai sensi della direttiva 96/71²³⁷. In tal caso la valutazione di proporzionalità degli strumenti di vigilanza applicabili dalle autorità nazionali dello Stato membro di esecuzione della prestazione avviene alla luce della disciplina generale prevista dall'articolo 56 TFUE, al fine di evitare l'introduzione di restrizioni ingiustificate nei confronti degli operatori economici transfrontalieri²³⁸. La direttiva 96/71 si limita, infatti, a conferire agli Stati membri la facoltà di adottare misure che garantiscano l'osservanza delle condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori distaccati e non disciplina invece le disposizioni amministrative accessorie destinate a consentire la verifica di tale osservanza²³⁹.

In sintesi tale approccio giurisprudenziale si risolve nell'impossibilità sostanziale, da parte dello Stato ospitante, di superare il nocciolo duro di tutela, che finisce quindi per diventare, oltre ad un limite minimo di protezione accordato ai lavoratori distaccati, anche un limite massimo di estensione ai prestatori di una normativa giuslavoristica interna che ostacola il relativo diritto alla libera circolazione.

La direttiva sul distacco alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale rivela quindi l'esistenza di un sistema di pesi e contrappesi dove l'applicabilità della legge del Paese ospitante è limitata dal punto di vista materiale dalle condizioni minime di tutela stabilite dalla direttiva e dall'obbligo di proporzionalità degli strumenti di controllo che ne assicurano l'applicazione. In particolare, secondo l'avvocato generale *Villalòn*, l'interpretazione ampia delle misure sostanziali della direttiva 96/71 elaborata dalla Corte di giustizia, “*con un'impronta chiaramente a favore della libera prestazione dei servizi [...] che limita il margine di manovra [degli Stati membri] per imporre misure di protezione sociale diverse da quelle ivi elencate*²⁴⁰” condiziona altresì indirettamente lo standard del controllo da effettuare sulle misure nazionali di protezione dei lavoratori distaccati.

²³⁷ CGUE, 19 gennaio 2006, C-244/00, *Commissione c. Germania*, punto 3, riguardante lavoratori distaccati cittadini di Paesi terzi.

²³⁸ A titolo di esempio la Corte ha ritenuto compatibile con il diritto dell'Unione europea un obbligo di dichiarazione preventiva di distacco al fine di consentire i successivi controlli (CGUE, 7 ottobre 2011, *Santos Palhota*, cit., punto 54), un obbligo di conservare nel luogo di lavoro determinati documenti sociali quali il contratto di impiego, le buste paga, le certificazioni orarie e retributive, nonché un obbligo di tradurre i pertinenti documenti nella lingua dello Stato membro ospitante (CGUE, 18 luglio 2007, C-490/04, *Commissione c. Germania*, punti 56-80).

²³⁹ Ne deriva quindi “*che tali misure possono essere liberamente definite dagli Stati membri, nel rispetto del Trattato e dei principi generali del diritto dell'Unione* (CGUE, 7 ottobre 2010, *Santos Palhota*, cit., punto 27).

²⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale *Villalòn* del 5 maggio 2010, *Santos Palhota*, cit., punto 44.

SEZIONE III. L'eccezione della direttiva sul distacco conferma la regola di preferenza in favore del Principio del Paese di origine.

In tale sezione conclusiva della prima parte della trattazione ritorneremo sommariamente sulla direttiva servizi e sulla direttiva sul distacco al fine di comprendere se sia possibile stabilire anche per il diritto derivato un regime preferenziale di circolazione delle attività di servizi. L'approccio delle direttive orizzontali oggetto della nostra analisi al problema della legislazione applicabile assume, indubbiamente, contorni diversi in ragione delle peculiarità di ciascuna singola normativa.

La direttiva servizi ha portato all'attenzione dell'opinione pubblica la questione dei rischi connessi ad una applicazione integralista del principio del Paese di origine, evidenziando la difficoltà di conciliare nell'ambito della disciplina della libera circolazione dei servizi le diverse anime che convivono nell'economia sociale di mercato. La direttiva sul distacco ha a sua volta comportato un vasto movimento di opinione in seguito ad una ampiamente dibattuta giurisprudenza che, tramite una dottrina sbilanciata in favore della libera prestazione dei servizi, ha limitato le prerogative degli Stati membri nella disciplina di taluni istituti fondamentali del diritto del lavoro del Paese ospitante.

Fondamentale punto di discussione nell'ambito della direttiva 2006/123 risulta essere la disciplina della libera prestazione dei servizi, in merito alla quale il legislatore comunitario, diversamente da quanto avvenuto nel caso della libertà di stabilimento, non si è limitato alla mera codificazione della pregressa giurisprudenza in materia. Il costante ricorso degli Stati membri ai motivi imperativi di interesse generale per ostacolare l'ingresso di prestatori transfrontalieri sul proprio mercato del lavoro, costringeva gli operatori economici ad affidarsi ad un faticoso riconoscimento dei propri diritti fondato su una analisi giurisprudenziale caso per caso.

Superato e soppresso il riferimento esplicito al principio del Paese di origine contenuto nella proposta di direttiva (§ 1), si è preferito optare per un approccio fondato su un generico obbligo di non ostacolare la libera prestazione dei servizi, riducendo tuttavia *ex lege* la capacità degli Stati membri ospitanti di opporre restrizioni a tale libertà fondamentale, tramite la circoscrizione delle ragioni di deroga per le attività rientranti nel campo di applicazione della normativa (§ 2). In tale contesto risulta utile analizzare i primi casi sottoposti all'attenzione delle Corti europee relativamente all'applicazione della direttiva servizi, ed in particolare le conclusioni degli Avvocati generali che hanno proposto una creativa interpretazione della cristallizzazione dei motivi imperativi di interesse generale apparentemente ivi prevista in materia di libera prestazione (§ 3).

Come la Corte di giustizia ha avuto modo di specificare, “*a causa delle peculiari caratteristiche del*

rapporto di lavoro sottostante alla fornitura di manodopera [nell'ambito di una prestazione di servizi], *l'esercizio di tale attività incide direttamente sia sui rapporti esistenti sul mercato del lavoro sia sui legittimi interessi dei lavoratori interessati*²⁴¹". L'impatto del distacco sul mercato del lavoro e sulla legislazione giuslavoristica del Paese destinatario della prestazione ha imposto al legislatore europeo di ricercare nella disciplina della materia un compromesso tra diritto dei prestatori alla circolazione secondo la legge del Paese di origine e tutela della manodopera distaccata in base alla normativa giuslavoristica del Paese di destinazione del servizio (§ 4).

§ 1. La versione integralista del Principio del Paese di origine nella proposta *Bolkestein*

La tensione tra mercato e solidarietà, rimasta parzialmente sopita nella complessa trama del lento processo di cristallizzazione giurisprudenziale della regola del Paese di origine, camuffata nel più asettico e meno partigiano principio del Mutuo riconoscimento, è palesemente riemersa all'indomani della presentazione della proposta originaria di direttiva servizi. La proposta Bolkestein, proseguendo nella consolidazione di un mercato unico dei servizi, prospettava un modello di *home state control* totale tramite l'affermazione, stavolta esplicita²⁴², del tanto vituperato principio del Paese di origine.

Tale norma, come una clausola di diritto internazionale privato²⁴³ che stabilisce la legislazione applicabile, sottoponeva i prestatori transfrontalieri esclusivamente alla disciplina giuridica dello Stato membro di primo stabilimento, evitandogli l'onere di conformarsi alla normativa tecnico - regolamentare del singolo Paese membro ove avessero intenzione di esercitare la propria attività a titolo occasionale.

In base al principio del Paese d'origine, come originariamente enunciato nella proposta di direttiva, il prestatore di servizi sarebbe stato dunque unicamente sottoposto alla legislazione dello Stato membro in cui è stabilito per quanto concerne l'accesso ad un'attività di servizi ed il suo esercizio, ed al contempo alle autorità nazionali del Paese ospitante non sarebbe stato consentito imporre alcun genere di restrizione ai servizi forniti da un operatore economico stabilito in altro Stato membro²⁴⁴.

²⁴¹ CGUE, 10 febbraio 2011, cause riunite da C-307/09 a C-309/09, *Vicoplus*, punto 29.

²⁴² CHALMERS D., MONTI G., DAVIES, op. Cit., p. 803. Secondo gli autori "*the original draft proclaimed its goals too proudly*", scegliendo esplicitamente "*a widely applicable country of origin principle as the foundation of the European services market, effectively abolishing the possibility of relying on mandatory requirements to impose restrictions*".

²⁴³ In merito alla questione dell'afferenza del principio "comunitario" del Paese di origine al diritto internazionale privato, quale eventuale clausola per la soluzione di un conflitto tra leggi, si è rimarcato come la regola del Paese di origine abbia come obiettivo di determinare quale legislazione applicare all'esercizio di un'attività autonoma, indipendentemente da una situazione di contrasto giuridico, avendo come vocazione "*d'éviter le conflits et non pas de les régler*" (così PELLEGRINO P., *Réflexion autour du principe du pays d'origine*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2010, n. 3, novembre, p. 549-568).

²⁴⁴ Il principio del Paese di origine così formulato, contemplando l'applicazione integrale della normativa del Paese di provenienza, pur condita da notevoli deroghe ed eccezioni, avrebbe interessato anche determinati settori non

Mentre nel caso della classica declinazione del principio del mutuo riconoscimento l'applicazione del sistema giuridico del Paese di provenienza del prestatore di servizi era mitigata dalla previsione di motivi di deroga e di cause di giustificazione a favore della normativa dello Stato di esecuzione del servizio, la formulazione del principio contenuta nella proposta conduceva ad un'applicazione integralista del modello di *home state control*²⁴⁵. Il principio del Paese d'origine, quale enunciato nella proposta di direttiva, costituiva una regola avente efficacia automatica che non permetteva alcuna possibilità di ritorno al modello di *host state control*, indipendentemente da qualsiasi effetto ostativo e dall'esistenza di ragioni imperative di interesse generale o di motivi d'ordine pubblico che avrebbero potuto legittimare l'applicazione della legge nazionale dello Stato ospitante, come nel caso del mutuo riconoscimento.

L'innovazione contenuta nell'affermazione della regola del Paese di origine, rispetto al tradizionale principio del mutuo riconoscimento affermato dalla Corte di giustizia, non risiede dunque nell'assoggettare il prestatore di servizi alla normativa del suo Stato membro di origine²⁴⁶, opzione già confermata dalla stessa giurisprudenza tramite la dottrina degli ostacoli, ma piuttosto nell'escludere o ridimensionare fortemente il potere di valutazione, di controllo e di intervento dello Stato di destinazione del servizio, eliminando di fatto la possibilità per tale Paese membro di applicare al prestatore straniero le proprie misure nazionali.

Dunque mentre in un certo senso il principio del mutuo riconoscimento, quale sviluppato dalla Corte di giustizia, postulava già di per sé stesso un'applicazione particolare della legge del Paese d'origine sotto riserva delle normative nazionali costitutive di esigenze imperative di interesse generale, d'altro canto la proposta di direttiva servizi prevedeva un sistema di *home state control* automatico, adottando una concezione meramente negativa del mercato unico diretta alla sola

armonizzati dal diritto comunitario, ed in particolare le norme che, tradizionalmente in base alle regole sul conflitto del diritto internazionale privato, disciplinano il comportamento del prestatore, la qualità o il contenuto del servizio, la pubblicità e soprattutto i contratti e la responsabilità del prestatore. Tale formulazione del principio sarebbe andata oltre la dimensione di strumento di mercato interno volto ad aprire le compartimentazioni nazionali che assolve in ambito comunitario e “*avrebbe invece operato a pieno titolo come norma di diritto internazionale privato volta a disciplinare in via generale il rapporto tra il prestatore del servizio ed il destinatario ed anche con terzi eventualmente coinvolti dall'attività di esercizio del servizio*” (MALATESTA A., op. cit., p.166-167).

²⁴⁵ Si è suggerito come principio del mutuo riconoscimento e principio del Paese di origine abbiano in comune una medesima genesi, riposando entrambi sulla necessità di fiducia reciproca tra autorità nazionali, lo stesso scopo d'assicurare un'integrazione crescente delle economie nazionali in vista della realizzazione di un mercato unico e l'utilizzo di un metodo simile caratterizzato dalla volontà di limitare all'essenzialità l'armonizzazione delle legislazioni nazionali (così PELLEGRINO, *Réflexion autour du principe du pays d'origin*, op. cit., p. 549-568). Si potrebbe aggiungere che nell'ambito del principio del mutuo riconoscimento l'approdo ad un modello di *home state control* non è automatico, ma deriva dall'equivalenza funzionale tra le norme. Al contrario nella proposta la preferenza per il Paese di origine è imposta da una valutazione legislative, in assenza d'ogni verifica comparativa di tipo discrezionale di competenza del giudice nazionale dello Stato ospitante (BANO F., op. cit., p. 79).

²⁴⁶ Diversamente taluni autori hanno posto l'accento sulla differenza tra mero riconoscimento e impegno da parte dello Stato ospitante della legittimità del servizio offerto sul proprio territorio da parte di prestatori legalmente stabiliti in altro Stato membro ed applicazione della regolamentazione del Paese di origine, quale unica legislazione competente a disciplinare l'attività dell'operatore economico transfrontaliero (GRAHAM R., *Mutual Recognition and Country of Origin in the Case-law of the European Court of Justice*, in BLANPAIN R., *Freedom of Services in the European Union: Labour and Social Security Law*, 2006, p. 42).

soppressione degli ostacoli all'accesso o all'esercizio di un'attività economica, piuttosto che alla creazione di uno spazio comune ove gli operatori sono sottoposti alle stesse regole di diritto²⁴⁷.

Tale soluzione parve troppo ardità ai governanti degli Stati membri proprio per la mancanza di tatto nella formulazione del principio che esplicitava senza troppe ritrosie quanto già consolidatesi nella meno esposta interpretazione giurisprudenziale. Il principio del Paese di origine subì dunque la disaffezione al simbolismo degli euroscettici, non ancora pronti a mettere nero su bianco, come dimostrerà poi il fallimento della Costituzione europea, il livello di integrazione raggiunta, quasi a lasciare uno spiraglio ad un'eventuale regressione a favore della sovranità nazionale.

§ 2. Il principio mascherato. Libera prestazione nella direttiva servizi

Le proteste di parte della società civile che paventava il rischio di una liberalizzazione economica incontrollata del mercato comune e la ferma opposizione, spesso demagogica e fagocitata dalle polemiche sulla Costituzione europea, di talune famiglie politiche europee, hanno costretto le istituzioni comunitarie a fare marcia indietro ed a presentare un'ulteriore e rettificata proposta, spogliata, solo formalmente, dal riferimento al principio del Paese di origine.

La versione definitiva della direttiva servizi accoglie anche nell'ambito del diritto derivato il sistema del mutuo riconoscimento tra le rispettive normative nazionali, privilegiando nuovamente la legislazione dello Stato di provenienza, pur in mancanza di un riferimento specifico al principio dello Stato di origine, sostituito dalla più neutra clausola della libera prestazione intracomunitaria dei servizi²⁴⁸. La soluzione adottata dalla direttiva costituisce tuttavia un mutuo riconoscimento rafforzato (o meglio ancora una forma attenuata di applicazione del principio del Paese di origine) in virtù della contestuale riduzione delle possibilità da parte dello Stato Membro di destinazione di giustificare l'applicazione di una misura nazionale restrittiva della libera prestazione. Si è infatti acutamente sottolineato come la circoscrizione delle ragioni imperative di interesse generale, limitando le ipotesi di applicazione del diritto nazionale dello Stato membro di accogliimento in materia di regolamentazione dell'accesso e dell'esercizio di un'attività di servizi, costituisca una, seppur parziale, affermazione del principio del Paese di origine, formalmente escluso dal testo della direttiva, ma che di fatto finisce per risultare rafforzato rispetto a come già moderatamente riflesso nell'ambito del mutuo riconoscimento tradizionale²⁴⁹.

La disposizione di cui all'articolo 16 della direttiva, prevedendo, in linea con quanto sancito

²⁴⁷ In questo senso DUBOS O., KAUFFMANN P., op. cit., p. 20.

²⁴⁸ In base a tale clausola sostanzialmente gli Stati membri non possono sottoporre l'accesso ad una attività di servizi od il suo esercizio nei rispettivi territori a requisiti discriminatori o, seppur indistintamente applicabili, che non siano giustificati da ragioni di ordine pubblico, sicurezza e salute pubblica o di protezione dell'ambiente, sempre nel rispetto inoltre dei generali criteri di necessità e proporzionalità.

²⁴⁹ DAVIES G., *The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration*, op. cit., p. 235.

dall'articolo 56 TFUE, che lo Stato membro ospitante assicuri all'operatore economico il libero accesso e la prestazione del servizio²⁵⁰, riconferma quindi, anche nel diritto derivato, la predilezione, per un modello di *home state control*.

Dunque, in relazione esclusivamente alle attività di servizi che rientrano nel campo di applicazione della direttiva, gli Stati membri di destinazione, per giustificare la compatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea di una misura nazionale non discriminatoria che possa ostacolare la libera circolazione dei servizi, dovrebbero poter invocare solo le quattro esigenze di tutela indicate²⁵¹. Tale innovativa limitazione dello spazio di intervento dello Stato ospitante non trova invece operatività in merito alla libertà di stabilimento ove permane il diritto di invocare la classica categoria aperta delle esigenze di tutela e dei motivi di interesse generale²⁵². La diversità di disciplina prevista dalla direttiva potrebbe trovare una spiegazione nelle caratteristiche precipue e nei diversi ruoli di ciascuna modalità di circolazione dei servizi (permanente e temporanea): nel caso della libertà di stabilimento infatti la possibilità di ricorrere a restrizioni in nome del "pubblico interesse" garantisce alle autorità nazionali di estendere le ipotesi, già ampie, in cui si applica la rispettiva normativa interna e di conseguenza assicura un controllo maggiormente rigido su chi intenda installarsi stabilmente sul territorio nazionale; mentre nel caso della libera prestazione dei servizi si è preferito limitare le ipotesi d'applicazione nei confronti dell'operatore transfrontaliero della normativa del Paese ove si reca per svolgere temporaneamente la propria attività al fine di favorire lo scambio intracomunitario di servizi con l'opzione di una clausola *pro mercato*²⁵³.

La preferenza per una riproposizione, seppur rivisitata e come detto rafforzata, del principio del mutuo riconoscimento, camuffando la parziale riaffermazione della dottrina del Paese di origine²⁵⁴

²⁵⁰ Si tratta sostanzialmente quindi della trasposizione dell'interpretazione giurisprudenziale dell'articolo 56 TFUE e del relativo *test* di accesso al mercato, ai sensi del quale ogni misura nazionale suscettibile di ostacolare o rendere meno attraente l'esercizio di una delle fondamentali libertà di circolazione ricade nell'alveo applicativo di tale previsione del diritto primario (in questo senso VAN DE GROENDEN J., DE WAELE H., op. cit., p. 406, ove si deduce da tale operazione di "copia & incolla" dal Trattato alla direttiva che anche lo stesso articolo 16 sia basato su un *test* di accesso al mercato, proibendo di conseguenza "all member state measures of a restrictive nature, irrespective of the fact whether they are discriminatory or not").

²⁵¹ Si rammenti tuttavia come lo stesso diritto primario all'articolo 56 TFUE non preveda alcun riferimento alla categoria aperta delle ragioni imperative di interesse generale, concetto totalmente elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, che potrebbe anche per quanto concerne la direttiva servizi attingere in modo creativo a tale classe di eccezioni. L'articolo 52 TFUE tuttavia quali ipotesi di deroga ai principi fondamentali del Trattato, da intendersi in senso limitativo, fa proprio riferimento alle nozioni di ordine, sicurezza e sanità pubblici. Resta invece estranea al diritto primario, ma non all'evolutive giurisprudenza comunitaria la tutela dell'ambiente, salvo voler ricondurre tale ragione giustificativa in un concetto ampio di tutela dell'ordine pubblico.

²⁵² Articolo 9 della direttiva.

²⁵³ Secondo questa impostazione anche BARNARD C., *Unravelling the Services Directive*, op. cit., p. 366: "*the directive reflects the long-established idea that the host State has more right to intervene in respect of establishment (hence the broad justifications) than it does in respect of services, where the principal regulator is the home State (hence the narrow justifications)*". Nello stesso senso "*Home state regulation, which is the philosophy of the cases and of the directive, entails that requirements imposed on services providers by their host state should be the exceptions, and so are subject to stricter limits. By contrast, the home state approach entails that the established person has in principle made choice to subject herself to the rules of her state of new establishment, and EU intervention should confine itself to rooting out discriminations against her, or particularly obstructive and disproportionate rules*" CHALMERS D., MONTI G., DAVIES, op. cit., p. 868.

²⁵⁴ CHALMERS D., MONTI G., DAVIES, op. cit., p. 827 ove si evidenzia come l'articolo 16 in materia di libera

sotto le mentite spoglie dell'inattaccabile clausola di libera prestazione, ha il pregio particolare di essersi accompagnata ad un insieme articolato di disposizioni in materia di *cooperazione amministrativa*.

La divisione di responsabilità tra Stato di provenienza e Stato di destinazione costituisce anche il riflesso del compromesso risultante dalla sostanziale affermazione del Paese di origine e per poter funzionare deve garantire una precisa ed equilibrata ripartizione di competenze tra le rispettive autorità nazionali. L'obbligo di cooperazione tra autorità nazionali, che ha come presupposto la fiducia reciproca tra Stati membri ed il riconoscimento delle rispettive regolamentazioni e controlli, ha la funzione di garantire la simmetria informativa tra le diverse parti contrattuali, con specifico riferimento ad un riequilibrio in favore dei diritti del consumatore²⁵⁵.

§ 3. L'armonizzazione delle ragioni imperative in concreto: le prime (timide) interpretazioni

Nella recente sentenza *Société fiduciaire*²⁵⁶ la Corte di giustizia è stata "chiamata per la prima volta a pronunciarsi sull'interpretazione²⁵⁷" della direttiva servizi al fine di specificare la portata della disposizione, ivi prevista, relativa alla soppressione di ogni divieto totale in materia di comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate.

Non costituiscono invece oggetto di trattazione nella decisione della Corte di giustizia, i punti più controversi della direttiva (principale argomento della nostra analisi), relativi al campo di applicazione della stessa ed all'armonizzazione dei motivi di interesse generale che possono giustificare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi. In merito a quest'ultimo punto risulta tuttavia particolarmente interessante a livello dottrinale richiamare, tralasciando la soluzione del caso di specie che non rileva ai nostri fini, la posizione espressa dall'Avvocato Generale *Mazàk* il quale ha proposto un'originale soluzione alla questione delle deroghe concesse agli Stati membri dalla direttiva per limitare la circolazione transfrontaliera dei servizi.

A parte la diversa definizione della causa suggerita dall'Avvocato Generale può essere utile, da un

prestazione di servizi "establishes a strong country of origin principle, with very limited exceptions, despite the political fears this has always attracted and despite the fact the Court has never felt able to go quite so far"

²⁵⁵ La razionalità economica del principio del Paese di origine, che impone all'operatore economico transazionale di conformarsi alla sola normativa dello Stato di stabilimento, comporta, infatti, un ulteriore indebolimento del destinatario di servizi, parte già di per sé svantaggiata del sinallagma contrattuale, cui viene del tutto addossato il "rischio dell'internazionalità" della prestazione, dipendendo la qualità della prestazione dai controlli effettuati da un Paese membro diverso da quello di sua appartenenza (così JIMÉNEZ GARCÍA F., *Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 28 (2007), p. 777-817).

²⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2011, *Société fiduciaire nationale*, cit. Il giudice comunitario in tale pronuncia era chiamato a valutare la compatibilità con il diritto comunitario di una norma francese che vieta ai soggetti esercenti una professione regolamentata di pubblicizzare a terzi la propria attività, proponendo direttamente al mercato i propri servizi.

²⁵⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale *Mazàk* del 18 maggio 2010 in *Société fiduciaire*, cit., punto 1, di seguito "le conclusioni".

punto di vista squisitamente giuridico, approfondire brevemente, soprattutto in prospettiva futura, l'approccio alla questione dei motivi imperativi di interesse generale che possono limitare l'operatività del processo di liberalizzazione dei servizi che la direttiva è destinata a realizzare. L'Avvocato Generale, infatti, nella valutazione del divieto di comunicazioni commerciali – diversamente dalla Corte che non giunge a tale stadio – introduce un parallelo, inedito anche a livello dottrinale, tra i motivi imperativi che possono giustificare un regola professionale *ex* articolo 24, comma secondo, della direttiva e le ragioni, che in base all'articolo 16, lett. b), della medesima direttiva, possono legittimamente limitare l'operatività della clausola generale di libera prestazione dei servizi²⁵⁸. In sostanza l'Avvocato generale si chiede se le ragioni imperative citate dall'articolo 24, comma secondo, della direttiva possano ritenersi quali ragioni giustificative aggiuntive rispetto ai quattro motivi imperativi tassativamente elencati all'articolo 16 della direttiva. Infatti, secondo il ragionamento dell'Avvocato Generale, ove si trasponesse tale divieto di invocare ragioni giustificative diverse da quelle predeterminate *ex* articolo 16 della direttiva ai motivi imperativi che *ex* articolo 24 della medesima possono giustificare una regolamentazione professionale restrittiva, si snaturerebbe la funzione stessa di tale seconda norma²⁵⁹.

Se infatti le regole professionali che rappresentano un ostacolo per la libera prestazione dei servizi siano da ritenersi legittime alla luce della direttiva solo ove perseguano uno dei quattro motivi tassativamente stabiliti sopramenzionati, la giustificazione di un codice deontologico non potrebbe assolutamente derivare dalla necessità di tutelare l'indipendenza, la dignità, e l'integrità della professione regolamentata, nonché il segreto professionale, come invece previsto dall'articolo 24, comma secondo, della direttiva.

Di conseguenza, l'Avvocato Generale considera che la tutela di siffatti motivi imperativi, espressivi delle peculiarità dei vari ordini professionali, siano da considerarsi a pieno titolo quali motivi imperativi, ai sensi dell'articolo 24, comma secondo, della direttiva. Tale norma, infatti, rappresenterebbe una *lex specialis* rispetto alla regola generale sancita dalla clausola di libera prestazione *ex* articolo 16 della direttiva. Di riflesso ai fini della disciplina del contenuto e delle modalità delle comunicazioni commerciali delle professioni regolamentate sono ugualmente ammessi i motivi imperativi di interesse generale previsti in modo non esaustivo dall'articolo 24, comma secondo, della direttiva, aventi dunque portata differente dai motivi giustificativi tassativamente elencati all'articolo 16 della medesima direttiva²⁶⁰.

Il ragionamento dell'Avvocato Generale pare sostanzialmente condivisibile, risultando peraltro suffragato dalla natura orizzontale dell'articolo 24 della direttiva, il quale, in virtù della relativa

²⁵⁸ Punti 61-64 delle conclusioni.

²⁵⁹ Diversamente si è altrove sostenuto che l'Avvocato Generale si limiti a riconoscere che le giustificazioni previste dall'articolo 16 della direttiva abbiano carattere tassativamente limitato (così VAN DE GROENDEN J., DE WAELE H., *op. cit.*, *op. cit.*, p. 409).

²⁶⁰ In questo senso v. punto 64 delle conclusioni.

collocazione nel titolo dedicato alla qualità dei servizi, concerne gli ostacoli non solo alla libera prestazione dei servizi, ma anche alla libertà di stabilimento. Mentre, infatti, nell'ambito della libera prestazione di servizi opera una armonizzazione e circoscrizione delle ragioni invocabili per giustificare un ostacolo alla libera circolazione, nel contesto della libertà di stabilimento la direttiva lascia sopravvivere la categoria aperta dei motivi imperativi. Ulteriormente lo stesso articolo 24, n. 2, della direttiva fa riferimento espressamente a tale nozione di motivi imperativi di interesse generale, non menzionata invece in alcun modo nella clausola di libera prestazione *ex* articolo 16 della direttiva. Di conseguenza pare potersi concludere che le ragioni giustificative previste in materia di regolamenti professionali rientrano nella categoria giurisprudenziale aperta dei motivi imperativi. Tale impostazione, ove accolta, potrebbe probabilmente facilitare l'ingresso di ulteriori esigenze giustificative che si aggiungano all'elenco tassativo delle ragioni che possono legittimare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi.

L'interpretazione sovra delineata pare peraltro trovare conferma in una successiva causa vertente sull'applicazione della direttiva servizi²⁶¹. Mentre la Corte nel caso di specie non si è nuovamente espressa sul punto, l'avvocato generale *Villalón*, seppure in un passaggio non rilevante ai fini delle relative conclusioni, sposa esplicitamente la tesi del collega *Mazàk*, arrivando ad adombrare una eventuale incompatibilità tra diritto primario e direttiva servizi, relativamente alla circoscrizione dei motivi imperativi di interesse generale. In tali conclusioni l'Avvocato generale *Villalón*, sulla scia della contraddittorietà tra talune disposizioni della stessa direttiva rilevata dall'Avvocato generale *Mazàk*, afferma, infatti, in un *obiter dictum* piuttosto audace che "*nulla si opporrebbe al rimettere in discussione il carattere limitativo dell'elenco dell'articolo 16 o, persino, la sua compatibilità con le disposizioni del Trattato e, in definitiva, la stessa validità della direttiva a siffatto proposito*"²⁶².

Pur essendo stata soppressa la versione più progressista del principio del Paese di origine, il risultato attuale che dovrebbe scaturire dall'applicazione concreta della clausola che sancisce la libera prestazione dei servizi costituisce dunque un compromesso che rappresenta una soluzione intermedia tra principio del Paese di origine e giurisprudenza classica della Corte fondata sul principio del mutuo riconoscimento, con la notevole innovazione costituita dal fatto che gli Stati membri si sono autolimitati ad invocare soltanto gli ostacoli alla prestazione di servizi relativi a quattro settori determinati valutati gli unici meritevoli di tutela, in linea con il Trattato²⁶³, ma con

²⁶¹ CGUE, 10 maggio 2012, *in cause riunite da n. C-357/10 a n. C- 359/10, Duomo Gpa Srl - Gestione Servizi Pubblici Srl, Irtel Srl*, nell'ambito della quale la Corte si è limitata ad esaminare la questione della compatibilità con il diritto comunitario della disciplina italiana in materia di affidamento di servizi di liquidazione, accertamento e riscossione di tributi alla luce della disciplina generale prevista dai Trattati in materia di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento. La Corte non ha infatti ritenuto corretto valutarne la conformità ai sensi della direttiva servizi dal momento che i fatti all'origine della controversia si erano verificati in un periodo anteriore alla data ultima di trasposizione della direttiva 2006/123 (punto 18).

²⁶² Conclusioni dell'Avvocato generale del 16 novembre 2011 in cause riunite n. C-357/10, C-358/10, C-359/10, *Duomo Gpa*, punto 55 e relativa nota 35.

²⁶³ Si rammenti che l'articolo 16 della direttiva deve essere interpretato alla luce del diritto primario e della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia in materia di libera circolazione delle attività autonome. Così si

una notevole compressione del ricorso alle esigenze imperative di interesse generale tra cui è rimasta salva la sola protezione dell'ambiente.

Competerà dunque ancora una volta alla Corte di giustizia governare il grado effettivo di liberalizzazione e di de-regolazione dei mercati dei servizi negli Stati membri, nell'ambito di un'armonizzazione puramente negativa, attraverso il sindacato sulla legittimità di una norma nazionale restrittiva della libera circolazione, verificandone la rispondenza rispetto ai requisiti di non discriminazione, necessità e proporzionalità. Il giudice comunitario potrebbe, infatti, come già avvenuto relativamente ai motivi imperativi di interesse generale, non nominati all'interno dei Trattati, "*scoprire*", o meglio riconfermare, le classiche ragioni giustificative – quali, ad esempio, la protezione del consumatore apparentemente esclusa dal testo della direttiva – che possono legittimare una restrizione alla libera prestazione dei servizi²⁶⁴.

§ 4. Una soluzione di compromesso dettata dalla peculiarità del distacco: tra protezione dei lavoratori e garanzia di circolazione dei servizi

Nel diritto internazionale privato una sostanziale affermazione del principio del Paese di origine determinata dal riferimento, quale principale criterio di collegamento, alla normativa del luogo tipico di lavoro, veniva bilanciata dalla previsione che, a determinate condizioni ed in via eccezionale, fosse dato effetto alle leggi dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore fosse temporaneamente distaccato, prevedendo in tal modo un parziale ritorno alla legislazione del Paese di destinazione.

Tale opzione, da cui sostanzialmente non si discosta la disciplina comunitaria del distacco, rappresenta il riflesso del carattere atipico di tale forma di mobilità che fonde, per sua stessa natura, elementi tipici dell'attività subordinata (la manodopera distaccata in luogo diverso dalla sede abituale di lavoro) e dell'attività autonoma (il suddetto distacco avviene nell'ambito di un'attività di servizi che il datore di lavoro decide temporaneamente di dislocare secondo diverse modalità). Da tale peculiarità deriva la ricerca di un bilanciamento tra, da un lato, l'esigenza degli operatori economici di circolare offrendo i propri servizi senza subire restrizioni a causa dell'attraversamento del confine di un Paese membro dell'Unione europea, e, dall'altro, la correlata necessità dei

esprime la stessa direttiva ove prevede che gli Stati membri applichino le relative disposizioni "*nel rispetto delle norme del Trattato che disciplinano il diritto di stabilimento e la libera circolazione dei servizi*" (articolo 3.3 della direttiva).

²⁶⁴ Una tale giurisprudenza creatrice pare tuttavia inammissibile dal momento che la direttiva, garantendo la possibilità di ricorrere alla categoria aperta dei motivi imperativi di interesse generale per limitare la libertà di stabilimento, conferma indirettamente la non estensibilità della *short list* prevista in materia di libera prestazione di servizi (in questo senso, CHALMERS D., MONTI G., DAVIES G., op. cit., p. 827). Gli autori sottolineano altresì che dalla stessa giurisprudenza comunitaria si possa desumere che quando viene invocato un interesse statale realmente degno di una tutela rinforzata la Corte non abbia esitato a farlo rientrare senza difficoltà in una nozione estensiva di ordine pubblico.

lavoratori distaccati di non vedersi spogliati delle tutele abitualmente garantite alla manodopera del proprio settore dal sistema di sicurezza sociale dello Stato di appartenenza.

La stessa Corte di giustizia, prima ancora del legislatore dell'Unione europea, ha intuito l'urgenza, in attesa di un intervento normativo, di stabilire un sistema di pesi e contrappesi che regolamentasse il distacco di lavoratori subordinati nell'ordinamento giuridico dell'UE, compatibilmente con la fondamentale libertà di prestare servizi su cui si fondava il mercato unico.

Il giudice dell'Unione riconobbe in un primo momento la facoltà per gli Stati membri di estendere l'applicazione delle proprie leggi o dei propri contratti collettivi a favore di chiunque svolga nel rispettivo territorio nazionale un lavoro subordinato, anche temporaneo nel quadro di una prestazione di servizi, indipendentemente dal Paese ove è stabilito il datore di lavoro²⁶⁵. Il giudice comunitario con tale presa di posizione accertò quindi la conformità al diritto comunitario dell'applicazione della legge dello Stato di destinazione nei confronti della manodopera distaccata, costituendo la tutela dei diritti dei lavoratori una ragione imperativa di interesse generale che pareva legittimamente giustificare la misura giuslavoristica prevista dal Paese di esecuzione dell'attività di servizi, sebbene restrittiva di una libertà economica fondamentale.

Tale affermazione di un modello "totale" di *host state control* a fini di protezione sociale della manodopera distaccata contro i rischi, peraltro effettivi, di *dumping* sociale e di forum shopping, preoccupò le istituzioni comunitarie che intravedevano in tale decisione il conferimento di un illimitato potere discrezionale agli Stati membri d'esecuzione della prestazione per giustificare eventuali restrizioni alla libera circolazione dei servizi all'interno di un mercato unico che avrebbe dovuto garantire il superamento degli angusti confini nazionali.

L'Unione europea si dotò quindi di uno strumento autonomo, che assicurasse la contemporanea sussistenza delle garanzie di protezione per i lavoratori e del diritto di circolare liberamente per i prestatori di servizi, anche tramite il distacco di manodopera subordinata. A tal fine la direttiva 96/71 prevede un nocciolo minimo di tutele che devono essere inderogabilmente garantite ai lavoratori distaccati in linea con i livelli di protezione sociale garantiti alla manodopera del medesimo settore da parte dello Stato membro di esecuzione della prestazione.

La direttiva 96/71 non impone tuttavia una totale parità di trattamento tra manodopera locale e distaccata, prevedendo che ai lavoratori trasferiti siano applicati solo taluni istituti del diritto del lavoro dello Stato ospitante (restano ad esempio esclusi e quindi soggetti alla disciplina dello Stato di origine le condizioni relative agli aspetti previdenziali, al diritto di sciopero, al licenziamento ed all'assunzione con le rispettive tutele giurisdizionali). Il modello di *host state control* trova dunque applicazione limitatamente al nucleo di tutele minime individuate dalla direttiva, mentre al sistema

di *home state control* compete disciplinare tutte le ulteriori condizioni aventi natura residuale. In un

²⁶⁵ Così CGUE, 27 marzo 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/90, punto 18 ed in precedenza, limitatamente alle retribuzioni minime, CGUE, 3 febbraio 1982, *Seco*, C-62/81 e C-63/81, punto 14.

certo senso il nucleo minimo delle tutele applicabili ai lavoratori distaccati costituisce quindi anche il limite massimo dell'intervento del legislatore interno del Paese ospitante nei confronti dell'attività svolta sul proprio territorio dai prestatori di servizi transfrontalieri.

La giurisprudenza comunitaria, contrariamente all'apertura originaria favorevole all'applicazione integrale della disciplina di diritto del lavoro degli Stati membri di destinazione del servizio, ha successivamente precisato la necessità di verificare comunque la compatibilità rispetto al regime della libera circolazione nel mercato interno e più generalmente al diritto comunitario dei contratti collettivi e delle leggi nazionali che costituiscono il nocciolo duro di protezione minimale, valutando se si rivelino suscettibili di proibire, ostacolare o rendere meno attraente la libera prestazione di servizi.

Anche nel caso del distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, considerata la peculiarità della materia, "sospesa" tra attività autonoma e subordinata, la preferenza in favore della normativa dello Stato membro ospitante appare disinnescata da numerose deroghe, dal numero ristretto delle materie che interessano il nucleo di protezione minimale e dalla necessità ultima di conformità rispetto ai principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Lo stesso disinteresse espresso dalla direttiva in merito alla legislazione applicabile ("*qualunque sia*") conferma come l'intento della normativa di diritto derivato non sia quello di stabilire un regime di circolazione delle attività di servizi alternativo a quello del principio del Paese di origine, affermatosi tramite l'evoluzione del mutuo riconoscimento e che continua a costituire la regola, quanto piuttosto di garantire un nocciolo duro di garanzie ai lavoratori distaccati che risultano a loro volta funzionali alla creazione di un mercato unico dei servizi.

Parte II: Il mercato europeo dei servizi: alla ricerca di una nuova dimensione sociale dell'economia

Dopo aver fornito nella prima parte dell'elaborato gli strumenti giuridici necessari per determinare la legislazione applicabile agli operatori economici transfrontalieri nell'ambito della libera prestazione di servizi, nella seconda parte della ricerca illustreremo come l'esercizio di tale diritto alla mobilità transfrontaliera da parte delle imprese comunitarie abbia fatto emergere le contraddizioni ed i limiti del funzionamento del mercato comune rispetto alla fruizione dei diritti sociali.

In tal senso, ci si propone quindi di analizzare la dinamica di conflitto emergente tra mercato interno comunitario e misure di protezione sociale aventi radice nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri. La ricerca di un contemperamento tra solidarietà e competitività, in assenza di un deciso intervento del legislatore comunitario, risulta delegato alla giurisprudenza della Corte di giustizia cui è affidato il compito di operare il bilanciamento tra la tutela dei diritti sociali fondamentali (di esercizio dell'azione collettiva e di sciopero in particolare) e la garanzia delle libertà economiche.

In questo contesto ci si propone quindi di trattare diffusamente i casi giurisprudenziali ove la libera prestazione di servizi, quale esigenza prioritaria del mercato, ha imposto alla Corte di giustizia di ritenere l'esercizio di taluni diritti sociali tutelati dagli ordinamenti giuridici nazionali come un ostacolo al funzionamento del mercato comune.

Le contraddizioni tra un'integrazione economica attuata tramite la disciplina delle libertà di mercato e la realizzazione di una "economia sociale di mercato" a livello europeo sono, infatti, evidenti nelle sentenze della Corte di giustizia che, nell'attuazione pratica di tale complesso equilibrio astratto, sembrano aver, almeno in apparenza, subordinato l'esercizio dei diritti sociali alla libertà di prestazione dei servizi ed alla libertà di stabilimento. In tali decisioni il giudice comunitario, pur riconoscendo la rilevanza del diritto di sciopero e di azione sindacale, ne ha avallato il condizionamento da parte delle libertà economiche di circolazione, come se tali principi cardine del sistema giuridico comunitario costituissero un limite esterno al pieno esplicarsi dei diritti sociali fondamentali garantiti nei sistemi costituzionali degli Stati membri (**Capitolo I**).

Di seguito si tenterà altresì di dimostrare come appaia tuttavia incongruo e soprattutto controproducente l'instaurarsi di una relazione di superiorità valida a priori tra diritti fondamentali e libertà economiche. Nessun obiettivo delle diverse politiche comunitarie dovrebbe essere

considerato assoluto ed incompatibile con uno degli altri scopi ultimi del Trattato: sarebbe invece necessario tentare di perseguire le diverse finalità del diritto primario contemporaneamente (la solidarietà insieme al mercato) o ancor meglio strumentalmente (il mercato in funzione della solidarietà).

Il bilanciamento operato dalla Corte di giustizia ha provocato una frattura nella conciliazione tra solidarietà e mercato, in seguito evidenziata nelle opinioni di taluni avvocati generali e confermata dalla stessa Commissione europea. La stessa adozione del Trattato di Lisbona, proponendo una nuova dimensione sociale dell'economia di mercato, impone un ripensamento di tale conflitto tra competitività e solidarietà al fine di sanare i limiti e le deficienze del funzionamento del mercato comune. L'effetto positivo delle sentenze della Corte può quindi ravvisarsi nell'aver obbligato il legislatore ad intervenire, proponendo recentemente una nuova normativa che dovrebbe contribuire a sanare, o perlomeno attenuare, gli effetti di tale contrasto tra libertà economiche e diritti sociali **(Capitolo II)**.

Capitolo I. Libera circolazione dei servizi e protezione dei diritti sociali dei lavoratori: il conflitto sbilanciato.

Il successo del mercato comune dei servizi ha indubbiamente promosso la libera circolazione delle imprese europee, favorendo tuttavia altresì la concorrenza tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri per attrarre investimenti sul proprio territorio (**Sezione I**). In ambito comunitario l'esercizio di strumenti d'azione sindacale per arginare lo sviluppo di fenomeni di *dumping* sociale scaturiti dal funzionamento del mercato interno può essere valutato come una restrizione alle libertà economiche di circolazione che come tale deve essere giustificata alla luce dei classici criteri di legittimità stabiliti dalla Corte di giustizia. Le sentenze adottate dal giudice di Lussemburgo nelle cause *Viking* e *Laval* hanno per la prima volta posto la questione del bilanciamento tra diritti sociali fondamentali e libertà economiche, obbligando la Corte a ricomporre il conflitto tra mercato e solidarietà in un contesto giuridico generalmente orientato a favorire in via primaria le libertà di circolazione delle imprese e solo in via indiretta a contribuire alla promozione delle condizioni di lavoro e di impiego della manodopera (**Sezione II**). Vedremo quindi come l'approccio adottato nella giurisprudenza menzionata non possa ritenersi un caso isolato dettato dalle condizioni dei fatti di causa, ma sia invece stato invece sostanzialmente avallato e confermato nelle successive decisioni adottate dalla Corte di giustizia che hanno confermato il primato delle libertà economiche garantite dal diritto comunitario sui diritti sociali iscritti nelle tradizioni giuridiche degli Stati membri (**Sezione III**).

Sezione I. *Dumping* sociale e concorrenza tra ordinamenti in un mercato europeo senza frontiere interne

La costituzione di una zona di libero scambio tra Stati membri che presentano tuttora profondi margini di differenza nei rispettivi livelli di protezione dei diritti dei lavoratori può indubbiamente favorire lo sviluppo di ipotesi di *dumping* sociale (§ 1). Il legittimo esercizio della libertà di stabilimento sul territorio comunitario, imponendo alle imprese transfrontaliere il medesimo trattamento previsto per gli operatori economici dello Stato ospitante, non dovrebbe in principio causare fenomeni di concorrenza al ribasso sul mercato del lavoro del Paese di stabilimento (§ 2). Diversamente, nel caso della libera prestazione, l'applicazione del principio del Paese di origine permette agli operatori economici di fornire un servizio a titolo occasionale nello Stato ospitante in base alla propria normativa nazionale. Tale mobilità delle imprese, in particolare ove comporti un massiccio distacco di lavoratori nel Paese membro di esecuzione della prestazione, esercita una forte pressione concorrenziale sulla manodopera locale dello Stato membro ospitante (§ 3). Per contrastare i fenomeni di concorrenza al ribasso nelle tutele sociali che l'esercizio delle libertà comunitarie di circolazione rischia in taluni casi di sviluppare, le organizzazioni sindacali dispongono dei classici strumenti di tutela collettiva dei lavoratori offerti dai rispettivi ordinamenti giuridici nazionali (§ 4).

§ 1. La portata del *dumping* sociale nell'ordinamento giuridico comunitario

Con il termine *Dumping sociale*²⁶⁶ possono identificarsi non solo quelle situazioni ove un'impresa viola la legislazione esistente al fine di usufruire di un vantaggio competitivo, ma anche quei casi ove le differenti pratiche salariali sono conformi alla disciplina giuslavoristica, riflettendo i diversi livelli di produttività tra lavoratori, senza comportare alcuna distorsione della concorrenza.

In particolare, la nozione di *dumping* sociale si riferisce alla pratica da parte di talune imprese, al fine d'essere maggiormente competitive sul mercato, di localizzare le proprie attività in Paesi che prevedono regimi di trattamento della manodopera più vantaggiosi e che, in via generale, impongono l'adempimento di discipline sociali meno onerose²⁶⁷.

In tale contesto si inserisce lo sviluppo del fenomeno della concorrenza normativa tra ordinamenti

²⁶⁶ Sul significato e sulla portata della nozione di *dumping* sociale, quale accolta in dottrina e ritenuta dalle stesse istruzioni comunitarie v. *supra*, nota 15.

²⁶⁷ DE SCHUTTER O., *Transborder provisions of services and Social dumping: rights-based mutual trust in the establishment of the Internal Market*, in LIANOS I and ODUDU O., *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO: Trust, Distrust and Economic Integration*, Cambridge University press, 2012, p. 367.

(c.d. *regulatory competition*) che si riferisce alla tendenza degli Stati a disciplinare costo del lavoro ed oneri sociali in modo da attrarre le imprese straniere ad investire sul proprio territorio e da non svantaggiare le proprie imprese operanti nei mercati internazionali, evitando che soffrano di uno svantaggio competitivo in ragione della regolamentazione imposta dal proprio ordinamento di origine²⁶⁸.

In ambito comunitario i rischi principali di *dumping* sociale sono derivati dall'esercizio (legittimo) delle libertà di circolazione da parte di imprese provenienti dai nuovi Stati membri dell'UE provenienti dall'ex blocco comunista²⁶⁹, ove sopravvivono standard di protezione sociale inadeguati ed inferiori rispetto a quelli garantiti dai “vecchi” membri dell'Unione europea. In particolare la partecipazione al processo di integrazione dei Paesi dell'est Europa, che, al momento del loro ingresso, prevedevano condizioni di lavoro e di occupazione meno rigide e restrittive, ha ingenerato un duplice fenomeno²⁷⁰.

Da un lato, un blocco di Paesi membri sostanzialmente amalgamato ed omogeneo (il blocco dei “vecchi” Paesi membri) si è aperto all'immigrazione dei nuovi cittadini europei che, usufruendo delle libertà comunitarie di circolazione, si spostavano alla ricerca di un lavoro a titolo stabile e permanente (libera circolazione dei lavoratori) o per esercitare la propria attività in modalità temporanea ed occasionale in un Paese membro diverso da quello di origine (nell'ambito quindi della libera prestazione dei servizi). Tale pratica nel caso della libera circolazione dei lavoratori subordinati, pur incidendo sulla domanda ed offerta di manodopera nel mercato interno dello Stato membro interessato, non avrebbe comportato effetti considerevoli sulle condizioni salariali e di impiego del Paese ospitante in virtù del principio, sancito *ex* articolo 39 TFUE, della parità di trattamento con i lavoratori locali. Al contempo, lo spostamento di singoli prestatori di servizi in provenienza dai nuovi Stati membri (il tanto temuto *idraulico polacco* che avrebbe dovuto invadere i nostri mercati secondo i detrattori della proposta *Bolkestein*) non ha sicuramente raggiunto i livelli sperati dai catastrofisti dell'euro-scetticismo, non potendo certamente la portata di tale fenomeno pregiudicare i modelli sociali dello Stato membro ospitante, nonostante l'applicazione della disciplina del Paese di origine²⁷¹.

²⁶⁸ Cfr, DEAKIN S., *Regulatory Competition after Laval*, Cambridge, Yearbook of European Legal Studies, 10-2008, p. 581.

²⁶⁹ L'estensione dei confini comunitari operata nel periodo 2004-2007 ha rappresentato il più grande allargamento mai attuato dall'UE (sia in termini di superficie che di numero di abitanti) ed ha portato nell'Unione europea 12 nuovi Paesi dell'Europa centrale ed orientale e del Mediterraneo: 10 nel 2004 (Repubblica ceca, Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Slovacchia, Slovenia e Ungheria) e 2 nel 2007 (Romania e Bulgaria).

²⁷⁰ Si è evidenziato come in occasione dell'allargamento comunitario a Paesi con notevoli differenziali di sviluppo, e della conseguente attribuzione ai relativi operatori delle libertà di circolazione, sia mancata la predisposizione di una “adeguata rete di protezione di imprese e lavoratori dei Paesi già membri che fosse in grado di limitare i contraccolpi sociali che l'unificazione dei mercati avrebbe prodotto sui consolidati sistemi di welfare” degli Stati membri più sviluppati (CARABELLI U., *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 234).

²⁷¹ In questo senso PELKMANS J., *How social is the single market?*, 2010, Centre for European Policy Studies

Dall'altro lato le stesse imprese comunitarie hanno cercato di approfittare di tale disequilibrio sociale e dei differenziali nel costo del lavoro in un duplice senso: mentre le imprese dei nuovi Stati membri nell'ambito dell'esercizio della libera prestazione potevano distaccare lavoratori remunerati in base ai livelli salariali del proprio territorio d'origine per svolgere servizi in Paesi membri aventi una forte tradizione sindacale e delle rigide condizioni lavorative (emblematico il caso *Laval*); le imprese dei Paesi con alti standard di protezione sociale, potevano invece aprire succursali o filiali nei Paesi membri dell'ex blocco sovietico per ivi impiegare manodopera locale a prezzi più convenienti (sintomatica di tale seconda situazione la causa *Viking*).

L'integrazione dei mercati e delle economie degli Stati membri dell'UE all'interno di uno spazio comune senza frontiere giuridiche può quindi comportare una possibile riduzione dell'efficacia della tutela dei diritti sociali, innescando una vera e propria concorrenza tra la manodopera dei Paesi ove la protezione sociale è maggiormente assicurata ed i lavoratori dei nuovi Stati membri²⁷² i cui trattamenti salariali ed in genere le condizioni di impiego offrono meno garanzie. Il rischio di *social dumping* è fortemente concreto in un territorio comunitario multiforme ove sopravvivono elementi di forte diversità tra i sistemi giuridici di protezione sociale degli Stati membri ed in assenza di un nucleo minimo di norme vincolanti.

Le libertà economiche inscritte nei Trattati e la disciplina delle relazioni industriali regolata dai sistemi costituzionali degli Stati membri, sebbene apparentemente antitetiche sul piano degli scopi diretti, possono tuttavia condividere il comune obiettivo di innalzare nel lungo termine la qualità della vita della popolazione. In particolare, da un lato, la disciplina del mercato comune e delle libertà di circolazione dei fattori produttivi su uno spazio senza frontiere interne si fonda sulla convinzione che uno scambio commerciale senza ostacoli possa favorire l'innalzamento del benessere sociale²⁷³. Dal lato opposto, la regolazione delle relazioni industriali tende sostanzialmente a sottrarre taluni profili di diritto del lavoro, quali il salario ed altre condizioni di impiego, dal libero esplicarsi della concorrenza e degli scambi, favorendo in tal modo la conservazioni degli standard di tutela sociale ivi esistenti.

L'applicazione di misure altamente protettive in termini di tutela del lavoro costituisce indubbiamente un costo maggiore per le imprese con la conseguenza che le società soggette a standard di tutela inferiori operano sul mercato con un indubbio vantaggio competitivo.

Le libertà comunitarie di circolazione, la possibilità di de-localizzare, aprendo succursali e filiali ed assumendo manodopera in loco, ed in particolare la facoltà di inviare propri lavoratori distaccati sul

Commentary, p. 3

²⁷² L'apertura delle economie nazionali al libero scambio minaccia le tradizioni costituzionali degli Stati membri "whenever a new State whose limiting mechanism are less effective or geared towards lower standards becomes a member of the Union" (JOERGES C.- RODL F., *Reconceptualizing the constitution of Europe's post-national constellation – by dint of conflict of laws*, in LIANOS I., op. cit., p. 389).

²⁷³ Così BARNARD C., *The Substantive Law of the EU: the Four Freedoms*, Oxford University Press, 2010.

luogo di esecuzione della prestazione invece di assumere manodopera locale, hanno certamente esacerbato tali fenomeni su scala transfrontaliera, provocando il rischio che la diversità dei livelli di tutela esistenti tra Paesi membri dell'Unione europea conduca a situazioni di *dumping* sociale o di corsa al ribasso negli standard di protezione del lavoro gravanti sulle imprese²⁷⁴.

§ 2. Libertà di stabilimento e concorrenza tra imprese: alla ricerca del vantaggio competitivo

Risulta necessario premettere che, rispetto all'ordinaria applicazione della libertà di stabilimento, il rischio di *dumping* sociale nei confronti dei lavoratori dello Stato ospitante rappresenta un'ipotesi eccezionale. In effetti la disciplina della libertà di stabilimento è essenzialmente finalizzata ad assicurare che le imprese o le persone fisiche che intendano svolgere la propria attività a titolo permanente sul territorio di un altro Stato membro siano ivi sottoposte al medesimo trattamento previsto per gli operatori nazionali. Le imprese transfrontaliere non possono quindi in principio provocare situazioni di *dumping* sociale sul territorio dello Stato membro ove intendano stabilirsi, essendo costrette a garantire alla manodopera ivi impiegata le medesime condizioni lavorative e salariali previste per il personale locale del medesimo settore.

In tale contesto, bisogna tuttavia considerare anche la portata delle delocalizzazioni strumentali operate da società insediate nei Paesi membri economicamente più sviluppati (e quindi con massimali di costo del lavoro superiori), che, sfruttando la libertà di stabilimento, creano proprie società controllate in Paesi ove le condizioni salariali e di impiego sono meno onerose per il datore di lavoro.

La ricerca del vantaggio competitivo tramite l'utilizzo della manodopera locale porta quindi a fenomeni di delocalizzazione che spingono le imprese a trasferire un ramo della propria produzione in altri Stati membri ove sia possibile svolgere la medesima attività a costi inferiori. Tale pratica, sebbene abbia inevitabili risvolti negativi in termini di impiego ed occupazione sul mercato del lavoro dello Stato membro di primo stabilimento dell'impresa, risulta legittimata e promossa dallo stesso diritto dell'Unione europea. Nello specifico si è riconosciuto che l'esercizio della libertà di stabilimento non possa essere ritenuto abusivo anche ove finalizzato a de-localizzare la propria attività in un Paese membro diverso da quello di origine al fine di beneficiare del sistema giuridico più vantaggioso ivi esistente. In questo senso si è espresso il giudice comunitario, riconoscendo che la facoltà di un cittadino comunitario di stabilire la propria impresa in un Paese membro ove l'esercizio della propria attività sia disciplinato da una normativa meno restrittiva ed in seguito di dislocare succursali e filiali in altri Stati membri, non può costituire di per sé un abuso della libertà

²⁷⁴ MALMERG J.-SIGEMAN T., *Industrial Action and EU Economic Freedoms—The Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2008, 45, p. 1116.

di stabilimento²⁷⁵.

Nello stesso senso il diritto dell'Unione europea vieta altresì alle autorità dello Stato membro di origine d'ostacolare la libertà delle proprie imprese e dei propri cittadini di stabilirsi in altro Stato membro al fine di esercitare la relativa attività di impresa. In tal caso la possibilità concessa ad una impresa di de-localizzare la propria produzione, aprendo succursali o filiali in un altro Stato membro caratterizzato da differenziali di costo del lavoro più vantaggiosi, può provocare la riduzione dei posti di lavoro sullo Stato membro di origine dell'impresa.

Tuttavia permettere allo Stato membro di provenienza di limitare la libertà delle proprie imprese di spostarsi in altro Stato membro, svuoterebbe di significato il contenuto del diritto comunitario alla libertà di stabilimento. In tal senso una restrizione alla libertà di stabilimento, conformemente alla dottrina degli ostacoli, può essere ritenuta legittima solo ove persegua una ragione giustificativa prevista dai Trattati o uno dei motivi imperativi di interesse generale individuati dalla Corte di giustizia ed a condizione che l'ostacolo frapposto alla libera circolazione delle imprese sia proporzionato e necessario rispetto allo scopo perseguito.

§ 3. Libera prestazione dei servizi, distacco e concorrenza tra lavoratori

In senso opposto a quanto delineato in materia di libertà di stabilimento, si pone la mobilità delle imprese provenienti da Paesi a basso costo del lavoro che si spostano verso altri Stati membri con maggiore sviluppo economico per poter ivi offrire i propri servizi a titolo occasionale ad un prezzo maggiormente concorrenziale rispetto agli operatori locali. Tale fenomeno ha un impatto ridotto sul mercato interno del lavoro dello Stato membro ospitante ove si tratti di singoli professionisti che usufruiscono della libertà di prestazione per offrire occasionalmente e temporaneamente i propri servizi in un Paese diverso da quello di stabilimento. Esercita invece una forte pressione competitiva sulla manodopera subordinata locale e sulle società dello Stato membro ospitante la pratica di talune imprese di distaccare sistematicamente lavoratori nell'ambito di una prestazione transfrontaliera di servizi al fine di svolgere la propria attività fuori dal Paese membro di stabilimento.

In particolare il dibattito sugli effetti sociali delle libertà di circolazione è stato particolarmente vivido in materia di prestazione dei servizi. Come ampiamente illustrato nella prima fase della trattazione l'esercizio di tale libertà di fornire prestazioni a titolo occasionale in uno Stato membro diverso da quello di provenienza è disciplinata dalle regole di impiego del Paese di origine del prestatore. A tal riguardo si è spesso discusso se l'applicazione del mutuo riconoscimento tra Stati membri possa operare anche in merito alle rispettive legislazioni nazionali in materia di protezione

²⁷⁵ CGUE, sentenza del 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*, p. 27.

dei lavoratori, o se al contrario tale fiducia reciproca possa legittimamente venir meno ove un Paese membro preveda livelli di tutela del lavoro ampiamente inferiori, ammettendosi quindi in tal caso l'opposizione di barriere agli scambi al fine di evitare corse al ribasso negli standard sociali²⁷⁶.

In relazione alla libera prestazione dei servizi i principali casi di *dumping* sociale concernono il trattamento della manodopera distaccata da parte delle imprese transfrontaliere. Ove un'impresa straniera originaria di un Paese membro con costi del lavoro inferiori potesse applicare nello Stato membro ospitante ai lavoratori distaccati la remunerazione normalmente percepita nel Paese di origine, le imprese locali non potrebbero presumibilmente competere con tale offerta. Ove invece all'operatore transfrontaliero fosse imposto di applicare integralmente ai propri lavoratori distaccati le condizioni salariali del Paese membro ospitante, quest'ultimo non avrebbe alcuna convenienza a esercitare il relativo diritto alla libertà di stabilimento, in quanto le spese di trasferimento non sarebbero state compensate da alcun vantaggio competitivo.

Riassumendo brevemente quanto già diffusamente delineato nella prima parte della ricerca: con la sentenza *Rush Portuguesa* la Corte di Giustizia aveva sostanzialmente sancito che lo Stato membro ospitante non poteva proteggere il proprio mercato interno del lavoro dalla concorrenza delle imprese provenienti da altri Paesi membri, in quanto la previsione di regole restrittive per l'ingresso e l'impiego sul proprio territorio di manodopera distaccata si sarebbe tradotta in uno svantaggio competitivo nei confronti dei prestatori transfrontalieri di servizi. Tuttavia in un *obiter dictum* piuttosto controverso la Corte aveva prospettato che il diritto comunitario non ostava all'estensione della disciplina giuslavoristica nazionale a chiunque esercitasse un'attività, anche a titolo meramente temporaneo, sul territorio dello Stato membro interessato. L'incoerente assunto espresso in tale approccio giurisprudenziale era evidente: da un lato ogni requisito imposto dal Paese membro ospitante ove già adempiuto nel Paese di origine era da considerarsi una restrizione ingiustificata; dall'altro tuttavia talune norme (non altrimenti specificate) dello Stato di destinazione erano da ritenersi imperative e quindi applicabili anche verso i prestatori transfrontalieri.

Per superare tale stato di incertezza venne adottata la direttiva 96/71 CE che fissa uno standard minimo di tutela (il c.d. nocciolo duro) relativo alle condizioni di lavoro e di impiego applicabili nello Stato membro ospitante nei confronti delle imprese che distaccano a titolo temporaneo manodopera dal proprio Paese di origine. La direttiva persegue contemporaneamente tre diversi obiettivi: la garanzia del diritto alla libera prestazione, chiarendo alle imprese la normativa dello Stato membro ospitante cui devono adeguarsi; la protezione, da un lato, dei lavoratori locali da forme di concorrenza sleale operate da imprese straniere, e dall'altro, della manodopera distaccata

²⁷⁶ DE SCHUTTER O., op. cit., p. 350, ove si evidenzia come la fiducia debba essere reciproca, nel senso che non solo le autorità nazionali ospitanti devono fidarsi della disciplina applicabile al prestatore nello Stato membro di origine, ma che anche gli stessi prestatori transfrontalieri devono poter confidare che il Paese ospitante sia animato dalla volontà di proteggere gli standard sociali di ogni lavoratore, inclusi quelli distaccati a titolo temporaneo, piuttosto che da intenti protezionistici.

cui è assicurata l'applicazione del nocciolo duro di tutela del Paese ospitante. Risulta altresì protetta la capacità regolativa degli Stati membri cui è, perlomeno in via di principio, consentito estendere il proprio sistema di protezione oltre il minimo di tutela garantito ove ciò non comporti un ostacolo discriminatorio o sproporzionato alla libera prestazione di servizi.

In merito al principio del Paese di origine, quale accolto nella proposta di direttiva servizi, giova solo ricordarsi che, se tale principio si fosse affermato, la protezione minima imposta dalla direttiva sul distacco, operando in deroga al principio del Paese di origine, avrebbe finito per costituire la soglia massima di tutela applicabile dallo Stato membro ospitante nei confronti della manodopera distaccata²⁷⁷. In tal senso ogni profilo non rientrante nel nocciolo duro di tutela avrebbe potuto essere disciplinato esclusivamente ai sensi della normativa dello Stato di provenienza del prestatore. La direttiva 2006/123 oltre ad aver eliminato il riferimento al principio del Paese di origine²⁷⁸ ed aver stabilito il primato della direttiva sul distacco, prevede ora specificamente di non precludere alle autorità dello Stato di destinazione del servizio di applicare termini e condizioni di impiego diverse da quelle coperte dal nocciolo duro ove le relative disposizioni abbiano natura di ordine pubblico.

Orbene, la giurisprudenza sul distacco che di seguito analizzeremo, ed in particolare il caso *Laval*, paiono aver ristabilito il regime giuridico che il legislatore aveva preventivamente bocciato in seguito alle polemiche emerse sulla proposta di direttiva servizi nel mercato interno. Infatti nell'ambito di tale arresto la Corte, come vedremo, ha affermato che lo Stato membro ospitante non possa estendere la propria protezione sociale nei confronti dei lavoratori distaccati oltre il livello di garanzia minima stabilita dalla direttiva sul distacco. In tal senso la recente presa di posizione giurisprudenziale deve iscriversi in un contesto più ampio nell'ambito del quale il giudice comunitario sembra incoraggiare apertamente un'interpretazione delle obbligazioni derivanti dalle libertà di circolazione nel senso di promuovere la competizione tra sistemi giuridici nazionali. Nello stesso senso non pare nemmeno consentito agli Stati membri limitare gli effetti di tale fenomeno, garantendo una protezione accresciuta nei confronti dei lavoratori al fine di evitare il rischio di *dumping sociale*²⁷⁹.

La Corte pare dunque aver ritenuto una nozione restrittiva di concorrenza iniqua, accettando che una situazione di *dumping sociale* possa insorgere solo ove il livello minimo di tutele esistenti nello Stato membro ospitante non sia correttamente applicato in favore della manodopera distaccata. Ogni altra differenza negli standard di protezione del lavoro tra lo Stato membro di origine e quello di provenienza non viene valutato dal giudice comunitario ove esuli dalle materie che ai sensi della

²⁷⁷ DE SCHUTTER O., op. cit., p. 356.

²⁷⁸ Al riguardo si è sostenuto che la direttiva servizi, abbia sostituito “*the principle of home state control*” con un diverso approccio che può essere definito “*managed mutual recognition*” (JOERGES C.-RODL F., op. cit., p. 382).

²⁷⁹ ELIASOPH I.H., *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*, 14 (2008), p. 467.

direttiva 96/71 costituiscono il nocciolo duro di tutela. In tal senso si è quindi affermato un principio minimalista di protezione sociale, rigettando ogni ipotesi di parità di trattamento tra prestatori locali e transfrontalieri in relazione alle condizioni salariali e di impiego che tali società devono applicare alla rispettiva manodopera.

L'interpretazione di *dumping* sociale accolta nell'alveo giurisprudenziale²⁸⁰ e la nozione particolarmente restrittiva ivi ritenuta corrisponde sostanzialmente alla volontà di promuovere la libera prestazione dei servizi. Tale approccio rappresenta perfettamente la convinzione radicata nella giurisprudenza comunitaria e sostenuto da una certa dottrina²⁸¹ che gli effetti del mercato interno e della libertà di scambi commerciali finiranno nel lungo termine per trasferirsi sui consumatori, migliorando il benessere della popolazione. Tuttavia l'effetto di tale interpretazione pare per il momento limitarsi a legittimare pratiche di concorrenza sleale, vietando che le imprese transfrontaliere possano essere private della facoltà di sfruttare i vantaggi competitivi derivanti dal fatto che la normativa di protezione sociale del proprio Paese di origine non è sviluppata ai livelli di tutela previsti nel paese ospitante.

In senso opposto non si deve dimenticare che ove lo Stato membro ospitante utilizzi adeguatamente gli strumenti previsti dalla direttiva nell'ambito delle materie che costituiscono il nocciolo duro di tutela può in effetti innalzare una barriera nei confronti della concorrenza proveniente dalle imprese transfrontaliere, adottando rigidi standard di tutela, soprattutto relativi al trattamento salariale. Tuttavia, l'innalzamento delle condizioni lavorative e di impiego, in ottemperanza al principio di parità di trattamento, trova applicazione anche nei confronti delle imprese nazionali. Di conseguenza tale Stato membro, proteggendo i lavoratori dalla concorrenza esterna delle imprese provenienti da altri Stati membri, rischia altresì di svantaggiare la competitività delle proprie imprese sui mercati internazionali, con la conseguenza di provocare eventuali situazioni di disoccupazione nel proprio sistema di diritto del lavoro.

§ 4. Le azioni collettive dei lavoratori come strumento di contrasto ai fenomeni di *dumping*

In mancanza di tutele anticoncorrenziali, i lavoratori per potersi difendere “*dagli effetti perversi che il dumping sociale ha sulle loro vite lavorative*”²⁸² devono poter disporre nell'ordinamento giuridico

²⁸⁰ Il nocciolo duro di tutela “*impedisce dunque che, applicando ai propri dipendenti, in tali materie, condizioni di lavoro e di occupazione vigenti nello Stato membro di origine, le imprese stabilite in altri Stati membri possano svolgere una concorrenza sleale nei confronti delle imprese dello Stato membro ospitante, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, qualora il livello di protezione sociale sia in quest'ultimo più elevato*” (Laval, p. 75).

²⁸¹ Tali teorie economiche sono parzialmente ricostruite da DE SCHUTTER O., op. cit., p. 349, ove si sottolinea come l'ordine economico mondiale successivo alla seconda guerra mondiale fosse basato sul principio che la riduzione o l'eliminazione delle barriere tra i moderni sistemi statali di protezione sociale avrebbe rinforzato le potenzialità redistributive degli Stati nei confronti dei propri consumatori che costituivano i beneficiari finali del processo di liberalizzazione in atto.

²⁸² CARABELLI U., *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione*

di riferimento del riconoscimento della legittimità della propria capacità di organizzazione collettiva. In particolare l'azione sindacale e di sciopero, quale strumento di forzatura della negoziazione collettiva, rappresentano mezzi imprescindibili in quanto i lavoratori singolarmente, non hanno la forza economica, di contrastare i predetti effetti di *dumping* sociale. Risulta quindi evidente che il diritto di associazione sindacale e d'azione collettiva permettono ai lavoratori di tutelare i propri interessi e di conseguenza, benché potenzialmente lesivi delle libertà di impresa e d'esercizio delle attività economica, non possono di per sé essere ritenuti a priori illegittimi, costituendo una manifestazione della sproporzione insita nel conflitto sociale tra capitale e lavoro.

Una limitazione del diritto di sciopero e di azione collettiva impedisce ai lavoratori ed alle relative associazioni sindacali di contrastare fenomeni di de-localizzazione delle imprese nazionali in Paesi a minor costo del lavoro (come nel caso *Viking*) o di ottenere l'applicazione nei confronti delle imprese straniere operanti sul proprio territorio degli stessi standard di tutela sociale previsti per la manodopera locale del medesimo settore (così nel caso *Laval*).

In particolare nei modelli socialdemocratici dei Paesi scandinavi le associazioni sindacali tendono a preservare i livelli di remunerazione stabiliti negli accordi collettivi nazionali, forzando le imprese che non abbiano partecipato alla contrattazione, o che non siano membri di una organizzazione dei datori del lavoro vincolata dalla negoziazione, a concludere contratti collettivi ancillari ai termini dei quali l'imprenditore si impegna a fornire alla propria manodopera le medesime condizioni applicabili ai lavoratori dello stesso settore. Nel caso ove l'impresa si rifiuti di firmare tale contratto collettivo le organizzazioni sindacali attuano forme di boicottaggio nei confronti di tale imprenditore ed abitualmente tale trattamento viene altresì riservato nei confronti dei datori di lavoro stranieri che forniscano servizi sul territorio nazionale, indipendentemente dalla nazionalità della manodopera impiegata²⁸³. Ove peraltro l'organizzazione sindacale coinvolta non disponga di propri affiliati impiegati dal datore di lavoro che possano attuare direttamente forme di sciopero per forzarlo alla firma del contratto collettivo, può comunque essere sfruttata la solidarietà tra lavoratori di settori diversi, pianificando con altre organizzazioni sindacali “*sympathy actions*” (scioperi di solidarietà) che bloccano la fornitura di beni e servizi nei confronti della suddetta impresa, impedendone di fatto il regolare svolgimento della relativa attività.

In ambito comunitario l'emersione di tali fenomeni di *dumping* sociale è evidente nella ampiamente dibattuta giurisprudenza in materia di bilanciamento tra libertà fondamentali del mercato unico e diritto del lavoro nazionale, che ha ulteriormente limitato la sfera di intervento dello Stato membro ospitante nei confronti degli operatori economici transfrontalieri, favorendo invece l'espansione della libera circolazione dei fattori produttivi.

collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica, op. cit., p. 227.

²⁸³ MALMERG J.-SIGEMAN T., op. cit., p. 1117.

Sezione II. *Viking* e *Laval*: conflitto ad armi impari? La giurisprudenza comunitaria bilancia i diritti sociali con le libertà economiche.

Nel mese di dicembre 2007 la Corte di giustizia ha emesso due sentenze altamente controverse²⁸⁴ sul bilanciamento tra esigenze economiche dell'integrazione comunitaria e finalità sociali radicate negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Analizzeremo di seguito separatamente i fatti di causa all'origine di tali decisioni (§ 1), per poi proseguire con una disamina parallela dei principali argomenti sviluppati dalla Corte di giustizia in entrambe le sentenze (§ 2). Nella propria trattazione, il giudice comunitario ha innanzitutto affrontato la questione della riserva di competenza prevista dal diritto primario in favore degli ordinamenti giuridici nazionali in merito alla disciplina del diritto di sciopero e d'azione collettiva (§ 3). Dopo aver stabilito che anche nell'esercizio d'una competenza loro riservata gli Stati membri debbano comunque rispettare il diritto comunitario, la Corte ha esteso l'efficacia diretta delle norme del Trattato anche nei confronti di soggetti privati, valutando che il legittimo esercizio della libertà d'azione collettiva da parte di un'organizzazione sindacale non possa comunque pregiudicare un diritto garantito dal diritto UE (§ 4). Indubbiamente l'esercizio del diritto di sciopero nei casi di specie aveva comportato una restrizione al diritto di stabilimento e di prestazione di servizi delle imprese coinvolte (§ 5). Risultava quindi necessario valutare se tale ostacolo al funzionamento del mercato potesse ritenersi giustificato alla luce della necessità di tutelare i diritti fondamentali (§ 6). In tale contesto la Corte ha riconosciuto che il diritto di sciopero costituisce un diritto fondamentale e che la tutela del lavoro, in base ad una giurisprudenza consolidata, può assurgere a motivo imperativo di interesse generale (§ 7). La nostra trattazione parallela dovrà infine forzatamente scindersi nell'analisi relativa alla valutazione di proporzionalità delle rispettive finalità alla base delle azioni sindacali intentate nelle due cause, in ragione delle diverse motivazioni e rivendicazioni che le sostengono (§ 8).

²⁸⁴ CGUE, 11 dicembre 2007, *Viking*, cit. e 18 dicembre 2007, *Laval*, cit. In merito non risulta possibile richiamare la sconfinata dottrina che ha affrontato la questione. *Ex multis* si rinvia a: REICH N., *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the Laval and Viking Cases before the ECJ*, in *Juridica International*, 2007, p. 100; SCHIAVONE R., *Il distacco nel diritto comunitario*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2009, p. 808; VIARENGO I., *Lavoratori distaccati, principio dello Stato di origine e libera prestazione di servizi: much ado about nothing?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 413; BUCKER A.–WARNECK W., *Viking – Laval – Ruffert: Consequences and policy perspectives*, Bruxelles, ETUI, 2010; SCIARRA S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e Diritto*, 2-2008, p. 245; RODIERE P., *Les arrêts Viking et Laval, le droit de greve et le droit de négociation collective*, in *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2008, pp. 47-66; BALLESTRERO M.V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia bilancia il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, anno XXII, n. 2, 2008, Bologna, il Mulino, pp. 371-391; CORTI M., *Le Decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa Sociale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008, II, p. 249.

§ 1. I fatti di causa all'origine delle controversie

Le suddette sentenze hanno costretto le istituzioni comunitarie ad interrogarsi sugli effetti del processo europeo di integrazione nei confronti dei modelli di relazioni industriali esistenti in taluni Paesi membri. Mentre la causa *Viking* concerneva l'esercizio della libertà di stabilimento da parte di un'impresa proveniente da uno Stato membro a forte tradizione sociale al fine di approfittare delle tariffe salariali più convenienti esistenti nel Paese ospitante (a), la causa *Laval* riguardava invece un operatore economico proveniente da un nuovo Stato membro che distaccava i propri lavoratori nell'ambito della libera prestazione di servizi in un Paese ove esistevano elevati standard di protezione della manodopera (b).

a) Il caso *Viking*

La società *Viking*, una compagnia di navigazione di diritto finlandese, intendeva, esercitando il diritto alla libertà di stabilimento, immatricolare una propria imbarcazione (la *Rosella*) in Estonia, in capo ad una società controllata ivi stabilita, al fine di godere delle più favorevoli condizioni di lavoro previste in tale Stato membro. Risulta particolarmente interessante notare che la decisione di registrare la *Rosella* in Estonia era dettata dal fatto che tale imbarcazione, soggetta alla normativa giuslavoristica finlandese, stesse operando in perdita in virtù della competizione al ribasso esercitata dai traghetti estoni operanti sulla stessa rotta (Helsinki-Tallin) a tariffe inferiori. Il cambio di bandiera avrebbe, infatti, permesso alla *Viking* di concludere un contratto collettivo con un'organizzazione sindacale estone, applicando dunque alla manodopera impiegata sul *Rosella* le stesse condizioni salariali previste per i lavoratori estoni del medesimo settore.

Il sindacato dei marittimi finlandesi (*FSU*) cui aderiva l'equipaggio del *Rosella* informò della situazione la federazione internazionale dei lavoratori marittimi (*ITF*, avente sede a Londra), da sempre contraria a pratiche di *reflagging*, che, a sua volta, inviò ai propri affiliati una circolare, chiedendo loro di respingere ogni negoziazione con la società *Viking*. Tale azione collettiva era finalizzata ad impedire che la nuova immatricolazione nel registro navale estone comportasse il licenziamento dei lavoratori marittimi finlandesi operanti sul *Rosella* o determinasse comunque un trattamento economico dell'equipaggio deteriore rispetto a quello previsto dal diritto e dal contratto collettivo applicabili in Finlandia.

La *Viking* presentò quindi ricorso all'Alta Corte di giustizia inglese affinché fosse dichiarato che l'azione collettiva intentata dai sindacati marittimi nei suoi confronti era contraria al diritto di stabilimento garantito dall'ordinamento giuridico comunitario. Il giudice nazionale investito della

questione ordinò l'annullamento della suddetta circolare, imponendo ai sindacati marittimi di non ostacolare il godimento da parte della società *Viking* dei diritti ad essa conferiti dal diritto UE. Le organizzazioni sindacali proposero ricorso nei confronti di tale decisione emessa dal giudice di prime cure e la Corte d'appello investita del ricorso decise di sospendere il procedimento al fine di proporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale alla risoluzione della controversia.

In sostanza il giudice inglese chiedeva alla Corte di giustizia se l'azione collettiva di una organizzazione sindacale finalizzata a far sottoscrivere ad un'impresa un contratto collettivo di lavoro rientrasse o meno nel campo di applicazione dell'articolo 43 TCE (attuale articolo 49 TFUE) e se tale disposizione conferisse all'impresa un diritto che poteva essere fatto valere altresì nei confronti di un'organizzazione sindacale (cosiddetto effetto diretto orizzontale). In caso di risoluzione in senso positivo della prima questione la Corte di giustizia avrebbe altresì dovuto accertare se una tale azione collettiva costituisse una restrizione alla libertà di stabilimento, ed in tal caso, se potesse ritenersi giustificata.

Secondo il giudice comunitario solo alla giurisdizione di rinvio sarebbe poi spettato stabilire la necessità e la proporzionalità della misura restrittiva rispetto allo scopo perseguito tramite l'azione sindacale. Il successivo intervento della Corte di appello inglese, cui era devoluta la concreta risoluzione delle questioni maggiormente spinose della controversia, non fu tuttavia di fatto necessario in virtù del raggiungimento di una transazione tra le parti coinvolte, con conseguente cancellazione dell'iscrizione a ruolo della causa.

b) Il caso *Laval*

Il contesto giuridico del caso *Laval* è sostanzialmente coincidente con il quadro normativo delineato nella prima parte dell'elaborato, riguardando la libera circolazione dei servizi, gli ostacoli alla prestazione transfrontaliera, il distacco di manodopera subordinata in uno Stato membro diverso da quello di stabilimento dell'impresa e le condizioni salariali e di impiego dei lavoratori distaccati.

Al riguardo risulta necessaria una breve premessa per delineare il quadro normativo applicabile al caso di specie. Come illustrato in precedenza, in merito ai contratti collettivi, la direttiva sul distacco²⁸⁵, limitatamente al settore edilizio, prevede, in mancanza di un sistema di dichiarazione d'applicazione generale *erga omnes*, il riferimento alternativo ai contratti collettivi che sono in genere applicabili o a quelli conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati su tutto il territorio dello Stato membro, a condizione di garantire la parità di trattamento e soprattutto di configurare un'esplicita menzione nella legge di recepimento (nessuno Stato membro ha fatto riferimento all'opzione in tal senso).

²⁸⁵ articolo 3.8 della direttiva.

La legge svedese di trasposizione della direttiva 96/71 nulla prevedeva circa la definizione delle tariffe minime salariali, delegando tale materia ad un complesso sistema di negoziazione collettiva. In Svezia i contratti collettivi, in base ad una tradizione giuslavoristica consolidata, costituiscono sì un patto vincolante tra le parti firmatarie, ma non sono dotati di efficacia *erga omnes* attribuita in via generale *ex lege*. Nello stesso senso era assente nell'ordinamento giuridico svedese una legislazione relativa ai minimi salariali, né esisteva nella stessa legge di recepimento della direttiva sul distacco, né in altre fonti normative, un obbligo per le imprese provenienti da un altro Stato membro di sottoscrivere gli accordi collettivi di lavoro applicabili alla manodopera del medesimo settore. Ulteriormente la normativa svedese di recepimento non aveva usufruito della possibilità, concessa dall'articolo 3.10 della direttiva, di estendere ai lavoratori distaccati termini e condizioni di impiego contenuti in disposizioni di ordine pubblico. Paradossalmente dunque il *dumping* salariale, sebbene il giudice comunitario non lo riconosca esplicitamente, risulta essere una conseguenza indiretta della peculiarità del sistema contrattuale previsto per i sindacati nazionali, dell'inadeguata trasposizione della normativa comunitaria nell'ambito dell'ordine interno dello Stato membro e della mancata o tardiva attivazione dell'ufficio di collegamento svedese²⁸⁶ a cui competeva informare i soggetti interessati rispetto ai contenuti del contratto collettivo loro applicabile.

Nel caso di specie, la *Laval*, una società di diritto lettone, usufruendo della libertà comunitaria di prestazione dei servizi, aveva ottenuto una commessa per la costruzione di una scuola nei dintorni di Stoccolma. Dopo aver distaccato propri lavoratori presso il cantiere edilizio, fu avviato senza successo un negoziato con il sindacato edile svedese (*Byggnads*) al fine di determinare il livello retributivo della manodopera trasferita in base al contratto collettivo di settore vigente nel Paese ospitante. La *Laval* si rifiutò di sottoscrivere il contratto collettivo generale di settore in ragione dell'impossibilità di conoscere anticipatamente gli obblighi che le sarebbero derivati sotto il profilo retributivo, oggetto di una successiva negoziazione locale a livello decentrato, tramite trattative caso per caso da svolgersi direttamente presso i singoli cantieri.

I lavoratori distaccati, in assenza di un accordo collettivo vincolante ai termini del diritto svedese, vennero dunque remunerati sulla base delle condizioni contrattuali vigenti nel Paese di origine che prevedevano trattamenti salariali inferiori alla retribuzione prevista in Svezia per la manodopera dello stesso settore.

Le organizzazioni sindacali svedesi si opposero alla mancata sottoscrizione del rispettivo contratto collettivo nazionale tramite una serie di attività ostruzionistiche che andavano dal blocco dei cantieri agli scioperi di solidarietà. In particolare l'azione di sostegno promossa dai lavoratori elettrici impedì alla *Laval* di rifornirsi dell'energia elettrica necessaria per far funzionare il cantiere.

²⁸⁶ CGUE, 18 dicembre 2007, *Laval*, cit., punto 35.

La *Laval* propose quindi ricorso alle istanze giudiziarie svedesi competenti nelle controversie di lavoro al fine di accertare l'illegittimità dell'azione sindacale e di ottenere la cessazione del boicottaggio nei propri confronti ed il risarcimento del danno subito in seguito al blocco delle proprie attività.

Nel frattempo il perpetrarsi e l'intensificarsi di tali azioni sindacali e del boicottaggio di tutti i cantieri della *Laval* in Svezia da parte di altre associazioni sindacali ebbe come ultimo effetto di costringere la società lettone alla risoluzione del contratto, con conseguente interruzione definitiva delle proprie attività sul territorio svedese e rientro dei lavoratori distaccati nel proprio Paese di provenienza²⁸⁷.

Il giudice di merito investito della controversia, consapevole della liceità dello sciopero dal punto di vista del diritto interno, interrogò in via pregiudiziale la Corte di giustizia. La prima questione ermeneutica verteva sull'opportunità di un'interpretazione dell'articolo 49 TCE (attuale articolo 57 TFUE) relativo alla libera prestazione dei servizi e della direttiva 96/71 sul distacco dei lavoratori nel senso di precludere un'organizzazione sindacale dall'intraprendere un'azione collettiva al fine di indurre un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare una trattativa sulle retribuzioni ed a sottoscrivere un contratto collettivo contenente alcune clausole che prevedevano condizioni più favorevoli rispetto alle leggi vigenti ed altre clausole che si riferivano a materie non previste dalla direttiva²⁸⁸.

Con la seconda questione il giudice del rinvio chiese alla Corte di giustizia di valutare la legittimità, ai sensi del diritto comunitario, di una specifica disposizione prevista dall'ordinamento giuridico svedese (la *lex Britannia*), ai termini della quale non è consentito alle associazioni sindacali intraprendere un'azione collettiva nei confronti delle imprese nazionali con l'intenzione di rimpiazzare un accordo collettivo da queste regolarmente concluso con un'altra sigla sindacale. La medesima protezione, in un'ottica anti *dumping*, non è stata estesa in favore delle imprese straniere operanti in Svezia, nonostante abbiano a loro volta concluso un contratto collettivo vincolante con una associazione sindacale riconosciuta nel proprio Paese di origine. Secondo la Corte di giustizia tale discriminazione diretta tra imprese nazionali e straniere è da ritenersi incompatibile con il diritto comunitario, non rientrando i motivi legati alla protezione del mercato del lavoro ed all'instaurazione di un'equa concorrenza tra le ragioni di deroga tassativamente previste dal diritto primario²⁸⁹.

²⁸⁷ BLANPAIN R., *Laval and Viking: Who pays the price*, in R. BLANPAIN, *The Laval and Viking Cases: Freedom of Services and Establishment V. Industrial Conflict in the European Economic Area and Russia*, Kluwer Law International, 2009, p. IXX, diversamente dalla maggioranza della dottrina, concentrata sull'azione sindacale in chiave *anti-dumping* dei lavoratori svedesi, è stato uno dei pochi autori a sottolineare la situazione dei lavoratori edili lettoni che in virtù dello sciopero potrebbero aver perso il proprio posto di lavoro, senza forse ricevere alcun indennizzo a titolo risarcitorio.

²⁸⁸ Cfr. punto 40 della sentenza.

²⁸⁹ Come *supra* ampiamente dibattuto una discriminazione diretta non può essere, infatti, giustificata da motivi imperativi di interesse generale di creazione giurisprudenziale, che sono applicabili esclusivamente agli ostacoli

§ 2. La similarità dei fatti di causa e delle questioni pregiudiziali proposte quali ragioni per una trattazione parallela

Le cause *Viking* e *Laval*, sebbene riguardanti rispettivamente libertà di stabilimento e distacco di manodopera subordinata nell'ambito di una prestazione di servizi, possono essere trattate parallelamente. Entrambe le controversie, infatti, hanno per oggetto le libertà di circolazione invocate da imprese originarie di uno Stato membro al fine di esercitare le proprie attività sul territorio di un altro Stato membro, con l'obiettivo, neanche troppo velato, di usufruire di tariffe salariali più convenienti e di tutele del lavoro più flessibili. Nello specifico, nel caso *Laval* un'impresa di un nuovo Paese membro (la Lettonia), grazie alla libera prestazione di servizi, costruiva un edificio in uno Stato membro (la Svezia) avente elevati standard di protezione sociale, utilizzando temporaneamente manodopera distaccata dal proprio territorio di origine ed applicando quindi le condizioni economiche (più scadenti) ivi previste; nel caso *Viking* invece, una società di uno Stato a forte tradizione sociale (la Finlandia) apriva una succursale in altro Paese membro (l'Estonia) al fine di esercitare la medesima attività di trasporto passeggeri, impiegando però manodopera del nuovo Paese di stabilimento ove le tariffe salariali erano molto meno elevate.

Risulta evidente come in entrambe le cause l'esercizio delle libertà comunitarie di circolazione fosse se non dettato, quantomeno stimolato dalla possibilità di sfruttare i differenziali nel costo del lavoro tra due Stati membri aventi un radicato modello di protezione sociale (Svezia e Finlandia) e due nuovi Stati membri entrati nell'UE in seguito all'allargamento ad est del 2004 ed entrambi fuoriusciti dall'ex blocco sovietico (Estonia e Lettonia).

In ambedue i casi le associazioni sindacali si opposero agli effetti del *dumping* sociale tramite una serie di attività ostruzionistiche sostanzialmente rientranti nell'ambito dell'esercizio del diritto di sciopero, quale riconosciuto nelle tradizioni costituzionali di tutti gli Stati membri. In entrambe le cause, tramite l'azione collettiva, le organizzazioni sindacali miravano ad imporre all'operatore economico transfrontaliero la sottoscrizione del proprio contratto collettivo nazionale di settore al fine di proteggere la manodopera da pratiche di *dumping* (quale il reflagging o il distacco massiccio di lavoratori sul proprio territorio) che potevano promuovere una concorrenza tra ordinamenti ed una conseguente riduzione degli standard di protezione sociale.

Sia nel caso *Viking* che nel caso *Laval*, la disputa tra imprese e sindacati, dopo aver assunto carattere giurisdizionale a livello interno, giunse in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. Al giudice di Lussemburgo fu in sostanza chiesto se l'esercizio di un diritto fondamentale, come quello di sciopero, fosse compatibile con le libertà comunitarie di circolazione.

indistintamente applicabili, ma può essere derogata, ex articolo 46 TFUE, esclusivamente in base a ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza o salute pubblica.

Di seguito sarà operata una trattazione estesa delle singole questioni proposte e dell'approccio giurisprudenziale sviluppato in ambedue le cause tramite un'analisi parallela, che permetterà di evidenziare i comuni profili d'argomentazione alla base di entrambe le decisioni.

§ 3. Azioni collettive e campo di applicazione della disciplina comunitaria in materia di servizi

Le organizzazioni sindacali e taluni governi intervenienti nell'ambito delle cause *Viking* e *Laval* sostenevano che il diritto d'azione sindacale nell'ambito di negoziazioni con il datore di lavoro non rientrasse nel campo di applicazione della disciplina del diritto di stabilimento e della libera prestazione di servizi, in virtù della disposizione *ex* articolo 137.5 TCE (attuale articolo 153.5 TFUE) che esclude la sussistenza d'una competenza comunitaria in materia di sciopero e di associazione collettiva²⁹⁰.

La Corte di giustizia, in entrambe le cause, nonostante l'immunità dei sistemi sindacali degli Stati membri rispetto ad ogni "intrusione" da parte del diritto dell'Unione europea sulla base del principio d'esclusione apparentemente sancito dall'articolo 153.5 TFUE, aveva tuttavia riconosciuto la propria competenza a valutare alla luce dell'ordinamento giuridico comunitario il conflitto tra diritto di sciopero e libertà economiche²⁹¹.

In particolare, secondo il ragionamento logico adottato nella sentenze, gli Stati membri, pur restando liberi di definire dal punto di vista sostanziale il contenuto delle materie non rientranti nel campo d'applicazione dell'ordinamento comunitario, e di fissare la portata giuridica dei diritti che ne conseguono, nell'esercitare una competenza loro riservata, per quanto esclusiva, restano comunque condizionati dall'esigenza di rispettare il diritto UE²⁹². Di conseguenza il diritto di intraprendere un'azione collettiva non è escluso dall'ambito applicativo della disciplina in materia di libera prestazione di servizi e di libertà di stabilimento.

²⁹⁰ Si è evidenziato come tale esclusione non fosse finalizzata alla tutela delle diversità nazionali, ma riflettesse piuttosto il "disconoscimento del conflitto quale strumento primario dell'azione sindacale" da parte di un ordinamento di natura *mercantilista* che considerava il diritto di sciopero e gli strumenti di azione sindacale meramente come ostacoli al pieno esercizio delle libertà di circolazione (in questo senso DE SALVIA A., *La Proposta di Regolamento Monti II in materia di sciopero*, Rivista Italiana di diritto del lavoro, 2012, III, p. 254).

²⁹¹ In senso opposto l'avvocato generale Mengozzi, nelle proprie conclusioni rese nella causa *Laval*, affermò che il limite di competenza imposto alle istituzioni comunitarie in materia di diritti sociali non era superabile sulla base di una diversa base giuridica, non considerando ammissibile un aggiramento del principio di esclusione sancito dalla disposizione del Trattato (Punto 57 delle conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi del 23 maggio 2007, C-341/05, *Laval*).

²⁹² CGUE, 18 dicembre 2007, *Laval* cit., punto 87 e giurisprudenza ivi richiamata. Con spirito critico si potrebbe obiettare che tali precedenti richiamati per analogia si riferiscono ad una materia, quale l'imposizione fiscale, che non rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario, non per espressa esclusione rispetto ad un oggetto ben identificato, ma per una totale mancanza di devoluzione di poteri da parte degli Stati membri nei confronti dell'Unione europea, in base al principio di attribuzione delle competenze *ex* articolo 5 TCE; la riserva di competenza *ex* articolo 153.5 TFUE prevista per il diritto di sciopero e di associazione nell'ambito delle disposizioni che conferiscono poteri alle istituzioni comunitarie in materia politica sociale, non deriva invece dal silenzio del Trattato, ma da una precisa norma dello stesso che riserva alle autorità nazionali la disciplina dell'esercizio di tale libertà sindacale.

Il giudice comunitario, applicando il modello dell'integrazione negativa tramite il mercato interno, ha risolto quindi positivamente, in nome del primato e del principio di massima effettività delle norme dei Trattati aventi efficacia diretta, la questione dell'applicabilità del diritto UE anche a materie, quale lo sciopero e la contrattazione collettiva, per le quali il Trattato continua a prevedere una competenza esclusiva in favore degli Stati membri²⁹³. Si è contestato che l'argomentazione logica del giudice comunitario risulterebbe smentita dal riconoscimento esplicito ad opera della Carta europea dei diritti fondamentali del diritto alla contrattazione collettiva ed all'azione sindacale (articolo 28 CEDF). Tuttavia, tale disposizione, insufficiente per garantire alle istituzioni una base giuridica per legiferare in materia, va peraltro coordinata con l'articolo 51 CEDF ai termini del quale i diritti e le libertà sancite dalla Carta non possono estendere o modificare il campo d'applicazione dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Ugualmente, la stessa norma della Carta che garantisce il diritto di sciopero pare confortare il ragionamento della Corte di giustizia ove precisa che l'esercizio di tale diritto debba avvenire “*conformemente al diritto comunitario, alle legislazioni e prassi nazionali*”.

Peraltro la Corte, seppure in via incidentale, ha espressamente riconosciuto in entrambe le cause che il diritto di sciopero e di azione collettiva costituisce un diritto fondamentale, parte integrante dei principi generali del diritto comunitario. Tuttavia neanche l'attribuzione di una natura fondamentale a tale diritto vale a rendere inapplicabili ad un'azione collettiva le disposizioni comunitarie che garantiscono la libera circolazione dei fattori produttivi²⁹⁴. L'esercizio di un diritto fondamentale non è incondizionato e può legittimamente subire delle limitazioni in virtù della necessità di assicurare il rispetto degli altri diritti e libertà garantite dai Trattati.

Valutando un tale approccio si potrebbe facilmente cadere nella tentazione di imputare alla Corte di aver attuato una “*trasposizione incongrua del principio del primato*²⁹⁵” che le avrebbe attribuito l'autorità di conoscere di ogni conflitto tra libertà economiche ed un qualsiasi diritto soggettivo, sebbene la regolazione sostanziale di detto diritto sia riservata agli Stati membri. Tramite un'analisi sistematica e teleologica²⁹⁶ si potrebbe a contrario tuttavia ritenere che tale giurisprudenza comunitaria non faccia altro che ribadire, casomai fosse necessaria un'ulteriore conferma, la singolarità e l'autonomia dell'Unione europea rispetto all'assetto istituzionale degli Stati membri. Appare necessario, infatti, per comprendere appieno la portata del passaggio in esame oltrepassare

²⁹³ In tal senso “*l'espressa preclusione all'integrazione positiva non sottrae, insomma, le diverse forme nazionali del conflitto collettivo a quella negativa, ossia quella raggiungibile per via pretoria attraverso la soppressione di tutti gli ostacoli giuridici all'efficiente funzionamento del mercato europeo ad opera della Corte di Giustizia*” (DE SALVIA A., *La Proposta di Regolamento Monti II in materia di sciopero*, op. cit., p. 255).

²⁹⁴ Sentenza *Viking*, cit., p. 42-47 e *Laval*, cit., p. 89-95.

²⁹⁵ CARABELLI U., *Note critiche a margine delle sentenze Viking e Laval*, 2008, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*.

²⁹⁶ VIELLE P., *How the Horizontal Social Clause can be made to Work: The Lessons of Gender Mainstreaming*, in BRUUN N.-LORCHER K.-SCHOMANN I., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 118.

una concezione del sistema giuridico comunitario, come ordinamento derivato, scaturente dalla volontà delle autorità nazionali tramite una mera attribuzione di poteri. L'originalità dell'assetto "costituzionale" dell'Unione europea permette nuovamente alla Corte di smarcarsi dalla regola a norma della quale dall'esistenza di un'espressa riserva legislativa deriva automaticamente un'incompetenza giudiziaria²⁹⁷.

Ritornando all'oggetto della questione pregiudiziale, il giudice comunitario ha in conclusione ritenuto che un'azione collettiva adottata da un sindacato nei confronti di un'impresa al fine di indurla a sottoscrivere un accordo collettivo non è in principio esclusa dall'ambito applicativo delle disposizioni in materia di libera prestazione di servizi e di libertà di stabilimento.

§ 4. L'effetto diretto orizzontale delle disposizioni in materia di libera prestazioni di servizi e di libertà di stabilimento.

La successiva questione ostativa all'operatività del diritto comunitario verteva sull'eventualità di attribuire effetti diretti orizzontali alla disciplina comunitaria in materia di libera circolazione²⁹⁸ fino a ricomprendere nel relativo campo di applicazione anche l'attività delle organizzazioni sindacali.

La norma di diritto primario che impone il divieto di restrizioni al diritto di stabilimento ed alla libera prestazioni di servizi, come *supra* diffusamente illustrato, è direttamente applicabile negli ordinamenti giuridici nazionali e può essere invocata dagli individui sia nei rapporti con lo Stato o più generalmente con le autorità pubbliche (c.d. effetto diretto verticale), sia nei confronti di altri privati (c.d. Effetto diretto orizzontale).

La Corte di giustizia, nelle cause in oggetto, supera tale problema pregiudiziale, sostenendo, sulla scia della propria giurisprudenza, che i principi di libera circolazione non siano invocabili solo nei confronti degli Stati e dei pubblici poteri, ma anche direttamente tra soggetti privati, se i loro atti o comportamenti incidano concretamente sulle dinamiche del mercato interno. L'effettività del divieto di ostacoli alla libera circolazione non può essere, infatti, compromessa da misure restrittive risultanti dall'esercizio dell'autonomia collettiva delle organizzazioni sindacali, che sebbene non abbiano carattere statale, siano di fatto mirate a regolamentare l'esercizio di una libertà fondamentale²⁹⁹. Tale approccio, nonostante l'intrusione nella sfera regolativa dell'autonomia

²⁹⁷ DEAKIN S., *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy*, op. cit., p. 40. In senso analogo si è osservato che l'esclusione di competenza regolativa stabilita dal diritto primario non implica che l'Unione europea si astenga dal ruolo di supremo arbitro delle dinamiche del mercato comune quando queste si intrecciano con il diritto di sciopero (ORLANDINI G., *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, CSDLE working papers, Int, n. 45/2006, p. 34).

²⁹⁸ In via generale relativamente agli effetti diretti orizzontali della disciplina comunitaria in materia di circolazione di servizi v. SCHEPEL H., *Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law*, in *European Law Journal*, 18 (2), 2012, pp. 177-200.

²⁹⁹ CGUE, *Laval*, cit punto 98, e CGUE, 11 dicembre 2007, *Viking*, cit., punto 65, ove, in particolare, si sottolinea come

collettiva, risulta sostanzialmente in linea con una consolidata giurisprudenza comunitaria, ai termini della quale la disciplina relativa alla libera prestazione di servizi ed alla libertà di stabilimento sarebbe privata del proprio effetto utile se fosse concesso agli operatori privati di frapporre un ostacolo al relativo esercizio³⁰⁰. In tal senso la Corte di giustizia tramite un approccio espansivo ha progressivamente dilatato la nozione di autorità pubblica, fino ad includervi organizzazioni ed associazioni non disciplinate dal diritto pubblico, ma dotate del potere di regolare collettivamente la fornitura di servizi o di frapporre ostacoli alla libera circolazione delle prestazioni, tramite l'esercizio della propria autonomia³⁰¹.

L'esercizio di un'azione sindacale al fine di indurre un'impresa alla sottoscrizione di un contratto collettivo, secondo il giudice comunitario, rende indubbiamente meno attraente e più difficoltoso l'esercizio delle libertà di circolazione garantite dal Trattato. Ne deriva che un'impresa poteva legittimamente invocare il proprio diritto alla libera prestazione dei servizi ed alla libertà di stabilimento nei confronti di un'organizzazione sindacale che aveva ostacolato l'esercizio di tale libertà.

A nostro avviso, la novità dell'approccio in merito agli effetti diretti orizzontali non va ricercata nella valutazione delle norme di diritto primario in materia di libera circolazione, quanto piuttosto nella posizione assunta nel caso *Laval* in merito al campo di applicazione di talune disposizioni della direttiva sul distacco. Nel caso di specie la mancata (o meglio incorretta) trasposizione della direttiva 96/71 da parte delle autorità svedesi avrebbe dovuto tradursi nell'inapplicabilità delle norme non recepite ai rapporti tra privati, in virtù degli effetti diretti solo verticali (tra privato e Stato membro inadempiente) delle direttive non trasposte nell'ordinamento giuridico nazionale.

Nel caso *Laval* la Corte era, infatti, chiamata a sindacare la legittimità dell'azione sindacale non solo alla luce della libera prestazione dei servizi *ex* articolo 56 TFUE, ma altresì ed in via principale ai sensi della direttiva 96/71, in virtù dei fatti di causa che interessavano lavoratori distaccati. In ragione della doppia base giuridica la Corte pare aver parzialmente combinato l'applicazione delle diverse disposizioni normative rilevanti, interpretando la direttiva sul distacco in senso estensivo

l'effetto diretto della libertà di stabilimento non possa essere limitato “*alle associazioni o agli enti che svolgono una funzione di regolamentazione o che dispongono di un potere quasi legislativo*”. Non è quindi lo status dell'ente (pubblico o parastatale) o la funzione collettiva di cui è investito che determinano l'applicabilità della libera circolazione, ma meramente il potenziale restrittivo delle relative azioni che, sebbene poste in essere da soggetti privati, possono comunque rendere più difficile l'esercizio di una libertà fondamentale nel mercato interno.

³⁰⁰ CGUE, 12 dicembre 1974, *Walrave*, cit., punto 20, ove si afferma che il divieto di restrizioni alla circolazione transfrontaliera “*non fa alcuna distinzione riguardo all'origine delle restrizioni da eliminare*” e si applica di conseguenza “*anche ai contratti ed ai regolamenti posti in essere da soggetti diversi dalla pubblica autorità*” (nel caso di specie il regolamento di una associazione sportiva limitava il diritto dei membri di fornire servizi in altri Stati membri). Sulla legittimità di un siffatto orientamento giurisprudenziale anche in rapporto all'esercizio dell'autonomia collettiva delle associazioni sindacali V. CHALMERS D., MONTI G., DAVIES G., op. cit., p. 801. In senso opposto ORLANDINI G., *Italy*, in BLANPAIN R., *The Laval and Viking Cases: Freedom of Services and Establishment V. Industrial Conflict in the European Economic Area and Russia*, Kluwer Law International, 2009, p. 104.

³⁰¹ CGUE *Walrave*, cit., p. 17-18 e *Bosman*, p. 84-84.

fino al punto di ampliarne l'ambito regolativo nei confronti delle organizzazioni sindacali. La Corte pare aver in tal modo insinuato la, tuttora contestata, possibilità di un eventuale effetto diretto orizzontale delle direttive. Si tratta tuttavia di una lettura incrociata di disposizioni di diritto primario, che godono di un effetto diretto orizzontale (l'articolo 56 TFUE), con norme di diritto derivato che ne specificano e completano il senso in un ambito specifico³⁰² (il distacco di lavoratori nell'ambito di una libera prestazione di servizi). A tal fine la Corte interpreta estensivamente la direttiva alla luce del diritto primario come strumento di affermazione della libera prestazione di servizi riconosciuta dall'articolo 56 TFUE, fornendo a talune disposizioni sostanziali della stessa un effetto diretto orizzontale paragonabile a quello attribuito alle norme del Trattato³⁰³.

§ 5. L'esistenza di una restrizione alla libera circolazione

L'esercizio di un'azione collettiva da parte dei sindacati, nonostante costituisca un diritto fondamentale tutelato nell'ordinamento giuridico comunitario, può dunque essere sottoposta a talune limitazioni ove si ponga in conflitto con una delle libertà economiche tutelate dai Trattati. Statuita l'applicabilità alle controversie del diritto comunitario, la Corte riconosce quindi che l'esercizio del diritto di sciopero o di azione sindacale, ove finalizzato, come nei casi di specie, ad obbligare un operatore transfrontaliero a concludere un contratto collettivo di lavoro, rappresenta un ostacolo alla libera circolazione nel mercato interno³⁰⁴. In entrambe le cause l'esercizio dell'azione sindacale era finalizzato ad influenzare la disciplina delle condizioni lavorative della manodopera impiegata in imprese provenienti da uno Stato membro diverso da quello di affiliazione dell'organizzazione sindacale. L'effetto restrittivo che ne deriva riveste carattere transfrontaliero, limitando la libertà di circolazione sul mercato comunitario. L'esistenza di un ostacolo all'attività delle imprese e la natura transnazionale della restrizione³⁰⁵ attraggono l'azione sindacale nell'orbita applicativa delle disposizioni comunitarie che tutelano la libera prestazione dei servizi e la libertà di

³⁰² *Laval*, cit., punti 58 e 61, ove la Corte evidenzia espressamente la necessità di interpretare la direttiva sul distacco alla luce della disciplina di diritto primario in materia di libera prestazione dei servizi.

³⁰³ MALMERG J.-SIGEMAN T., op. cit., p. 1134. Per analogia DI FEDERICO G., *La sentenza Kucukdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010 II, p.1001- 1010, ove si sostiene che la Corte abbia ritenuto il principio generale di non discriminazione in base all'età "suscettibile di produrre effetti diretti orizzontali". Tale contributo ha altresì il pregio di evidenziare il rapporto circolare tra direttiva e principio, risolto secondo l'autore, in termini meramente gerarchici in base alla diversa collocazione nel sistema delle fonti: da un lato "l'efficacia del principio non può dipendere dalla scadenza del termine per il recepimento della direttiva", dall'altro tuttavia "il principio non può operare in assenza della Direttiva, che, definendone la portata, assurge a parametro di conformità per la legislazione interna" (p. 1003). Ulteriormente "è la "combinazione" delle due fonti – il principio e, in funzione servente, la direttiva – che consente alla seconda di essere invocata in un giudizio tra privati" (p. 1004)

³⁰⁴ *Laval*, cit. punto 99 e *Viking*, cit., p. 37.

³⁰⁵ Nei due casi oggetto di esame la natura transnazionale della restrizione era ampiamente evidente. Si è tuttavia sottolineata la probabile diversità dell'esito della valutazione operata dalla Corte di giustizia in caso di azioni collettive aventi un meno immediato effetto transnazionale, quali uno sciopero relativo alla remunerazione del personale impiegato da una ditta di trasporto internazionale o da una società operante nel settore del telemarketing (MALMERG J.-SIGEMAN T., op. cit., p. 1128).

stabilimento.

Individuata l'esistenza di una restrizione, la Corte di giustizia, secondo il classico schema, valuta se possa essere giustificata, costituendo la protezione dei diritti fondamentali, ed in particolare la tutela del lavoro, per giurisprudenza consolidata, motivi imperativi di interesse generale³⁰⁶. L'esercizio di una azione collettiva finalizzata alla protezione dei lavoratori rappresenta, infatti, un legittimo interesse che in principio ed in astratto, può giustificare un ostacolo alla circolazione transfrontaliera dei fattori produttivi.

§ 6. La giustificazione dell'azione collettiva: il riconoscimento del diritto di sciopero come diritto fondamentale

La Corte di giustizia riconosce esplicitamente che il diritto di sciopero costituisce un diritto fondamentale. Di conseguenza i diritti sociali collettivi acquistano una autonoma dimensione sopranazionale, entrando a pieno titolo nel lessico giuridico comunitario³⁰⁷. Tale presa di posizione della Corte di giustizia apparentemente innovativa e costruttiva rappresenta tuttavia il presupposto logico di un'operazione interpretativa volta a definire la portata del diritto di sciopero, delimitandone di conseguenza il campo di applicazione ove si ponga in contrasto con un principio fondante dell'ordinamento dell'Unione europea. Un diritto, infatti, una volta riconosciuto, non può essere scevro da vincoli nel suo esercizio, ma va equamente bilanciato con altri interessi funzionali a diversi istituti. Il riconoscimento del diritto di sciopero ha quindi permesso alla Corte di avvallarne il condizionamento da parte delle libertà economiche di circolazione, come se tali principi cardine del sistema giuridico comunitario costituissero un limite esterno al pieno esplicarsi dei diritti sociali fondamentali garantiti negli ordini costituzionali degli Stati membri.

Il diritto di intraprendere un'azione collettiva viene dunque riconosciuto quale diritto fondamentale, parte integrante del patrimonio giuridico dei principi generali del diritto comunitario³⁰⁸. La Corte non afferma però la sostanza del diritto stesso, ma si limita a riconoscerne formalmente l'identità giuridica, adempiendo all'obbligo morale di adeguarsi allo standard di tutela previsto dagli strumenti internazionali conclusi in materia di protezione sociale da parte degli Stati membri³⁰⁹.

³⁰⁶ CGUE, *Laval*, cit., punto 103.

³⁰⁷ Si è tuttavia evidenziato come nonostante il riconoscimento in astratto, la Corte non abbia di fatto adottato alcuna nozione comunitaria di sciopero che si aggiunga o interpreti le definizioni accolte in ambito nazionale (ORLANDINI G., *Italy*, op. cit., p. 102)

³⁰⁸ CGUE, *Laval*, cit., 89-91 e *Viking*, cit., 42-44.

³⁰⁹ La Corte menziona espressamente la Carta sociale europea del 1961, la Convenzione n. 87 del 1948 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 (*Viking*, p. 43, *Laval* p. 90). Al riguardo si è evidenziato positivamente il riferimento esplicito ed incondizionato alla Carta, ma si è altresì sottolineato come manchi invece del tutto una menzione al sistema della Convenzione europea dei diritti umani, che pur non prevedendo espressamente il diritto di sciopero, ne ha comunque riconosciuto la facoltà d'esercizio in via giurisprudenziale quale corollario della libertà d'associazione sindacale tutelata ex articolo 11 CEDU (MALMERG J.-SIGEMAN T., op. cit, p. 1129).

Nelle cause oggetto di disamina, la Corte ribadisce innanzitutto, rifacendosi alla propria giurisprudenza precedente, che la tutela dei diritti fondamentali costituisce un legittimo interesse che giustifica in linea di principio una limitazione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato³¹⁰. I precedenti richiamati, superando quella giurisprudenza anteriore che riteneva i diritti fondamentali di dimensione nazionale come un mero scudo esterno al pieno esplicarsi delle libertà economiche, avevano interiorizzato la tutela di tali diritti nell'ordinamento comunitario quali principi generali che possono fondare una deroga alle libertà economiche del Trattato.

Accogliendo dunque un nuovo diritto fondamentale a dimensione sociale nell'orbita del diritto comunitario, la Corte ne ha dunque potuto definire la collocazione nell'ordinamento e la portata giuridica in rapporto con gli altri diritti e libertà su cui si fonda l'Unione³¹¹. Va sottolineato che il giudice comunitario, nel valutare nei casi in esame la possibilità di giustificare la restrizione alle libertà di circolazione derivante dall'esercizio dell'azione sindacale, finisca poi di fatto per assumere quale canone di paragone, non l'interesse legittimo alla tutela di un diritto fondamentale, quanto piuttosto la protezione dei lavoratori come motivo di interesse generale.

§ 7. La tutela del lavoro come esigenza imperativa

L'ordinamento giuslavoristico dei Paesi membri costituisce indubbiamente un ostacolo indiretto alle libertà di circolazione sancite dai Trattati, imponendo agli operatori economici stranieri di conformarsi ad una normativa spesso profondamente diversa da quella del proprio Stato di origine. Allo stesso tempo la tutela del lavoro è espressione di fondamentali interessi sociali degli Stati membri, inscrivendosi in consolidate tradizioni costituzionali.

In tale ambito la Corte di giustizia ha dovuto operare un difficile compromesso, bilanciando le esigenze comunitarie di soppressione degli ostacoli agli scambi transfrontalieri con l'interesse generale dei Paesi membri a salvaguardare i rispettivi modelli sociali. La necessità di ricercare siffatto equilibrio è suggerita dagli stessi Trattati, che, includendo obiettivi di politica sociale accanto alla realizzazione di un mercato comune, suggeriscono la volontà del legislatore di perseguire tali finalità contemporaneamente. In tal senso il giudice comunitario ha evidenziato come il processo di integrazione europea ha come obiettivo non solo la creazione di una zona di libero scambio senza frontiere interne, ma anche la promozione di uno sviluppo sostenibile ed

³¹⁰ *Laval*, p. 93.

³¹¹ In tal senso si è sostenuto come la Carta sia stata di fatto utilizzata per introdurre una limitazione al diritto di sciopero piuttosto che per promuoverne la tutela, essendo stata interpretata dalla Corte "*more as a brake than an accelerator*" di un diritto dalla stessa garantito (House of Lords - European Union Committee, 10th Report of Session 2007-8, *The Treaty of Lisbon : An Impact Assessment*, Vol. 1, Report, p. 92).

equilibrato delle attività economiche e di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale³¹². Il riconoscimento di una finalità sociale tra gli scopi dell'ordinamento giuridico dell'Unione ha permesso alla Corte di giustizia di ritenere che le libertà fondamentali che presiedono alla circolazione delle attività economiche e di mercato possano essere bilanciate con gli obiettivi della politica sociale³¹³.

Dal punto di vista del pubblico interesse, costituisce un orientamento consolidato che la protezione del mercato interno del lavoro e la prevenzione di forme di concorrenza sleale da parte dello Stato membro ospitante, in assenza di discriminazioni fondate sulla nazionalità, costituiscono un motivo legittimo per imporre alle imprese straniere operanti sul proprio territorio di non competere al ribasso, garantendo dei salari almeno equivalenti alla remunerazione minima applicabile ai lavoratori locali³¹⁴. Tale impostazione è stata altresì sostanzialmente accolta nell'ambito della direttiva sul distacco, obbligando lo Stato membro ospitante a garantire che le imprese straniere applichino nei confronti della manodopera distaccata sul proprio territorio uno standard minimo di protezione in termini di condizioni salariali e di impiego.

La tutela del lavoro può quindi certamente costituire un legittimo motivo per giustificare una restrizione anche in virtù del fatto che tale ragione imperativa persegue contemporaneamente, da un lato, l'interesse pubblico a limitare l'accesso al proprio mercato in caso di forme di concorrenza sleale, e, dall'altro, quello privato dei lavoratori e delle associazioni sindacali a conservare le tutele garantite in materia di contrattazione collettiva e di retribuzione³¹⁵. Si rammenti, infatti, che la difesa del mercato è imprescindibile dagli standard di tutela goduti dalla forza lavoro locale e che a sua volta la protezione delle imprese nazionali garantisce i lavoratori da pratiche di *dumping* salariale³¹⁶.

³¹² Al punto 105 della sentenza, *Laval*, cit., la Corte afferma che “*la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale*” e che “*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 della 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 sociale adeguata e il dialogo sociale*”.

³¹³ V. in particolare l'articolo 151 TFUE ai termini del quale l'Unione persegue “*la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione*”.

³¹⁴ CGUE, sentenza del 23 novembre 1993, C-445/03, 244/04, 490-04, 255/04, *Arblade*.

³¹⁵ Nella sentenza *Webb* il giudice comunitario aveva precisato come l'obbligo di applicare la normativa di diritto del lavoro dello Stato ospitante, pur rappresentando per le imprese di servizi un indubbio ostacolo alla libertà di circolazione, in ragione dell'aumento dei costi di esportazione, può sottrarsi alla censura del diritto comunitario se giustificato dall'esigenza di garantire la tutela dei lavoratori distaccati che costituisce una ragione imperativa di interesse pubblico (CGUE, sentenza del 17 dicembre 1981, C-279/80, *Webb*). Nello specifico il giudice comunitario aveva precisato che “*per gli Stati membri è lecito e costituisce una legittima scelta politica, effettuata nell'interesse generale, il subordinare la fornitura di manodopera sul proprio territorio ad un regime di licenze, in modo da poter rifiutare la licenza se esiste il fondato timore che tale attività possa nuocere ai buoni rapporti sul mercato del lavoro o se gli interessi dei lavoratori di cui trattasi non sono adeguatamente garantiti*” (p. 19). Tale approccio è stato di seguito confermato *ex multis* da CGUE, 24 gennaio 2002, *Portugaia Construções*, C-164/99, p. 19-20 e 17 ottobre 2002, C-79/01, *Payroll*, p. 31.

³¹⁶ Per questa impostazione BANO, op cit., p. 106. Tale impostazione è stata esplicitamente confermata nella causa *Viking*, ove la Corte di giustizia ha ribadito tale approccio, favorevole in astratto alla tutela delle esigenze sociali,

Pur essendo innegabile che un'azione collettiva costituisca astrattamente uno strumento funzionale alla difesa dei diritti sociali e sindacali dei lavoratori, la Corte ha preferito, come sempre più spesso accade³¹⁷, delegare al giudice nazionale la valutazione in concreto della conformità delle modalità effettive di esercizio dell'azione collettiva alle esigenze imperative minacciate nel caso di specie. La Corte, pur riconoscendo l'adeguatezza del mezzo utilizzato, ha quindi affidato al giudice del rinvio la responsabilità di accertare l'esistenza di altri strumenti meno restrittivi al fine di valutare se l'esercizio della libertà di azione sindacale costituisca di fatto uno strumento necessario e proporzionato per tutelare gli interessi dei lavoratori.

§ 8. La valutazione di proporzionalità: la finalità delle azioni sindacali

In linea con la propria tradizione giurisprudenziale la Corte valuta quindi la proporzionalità della misura restrittiva, considerando, in termini di idoneità, se l'azione sindacale costituiva un efficace mezzo di tutela dei lavoratori ed, in termini di necessità, se esisteva un mezzo meno restrittivo dell'esercizio del diritto di sciopero per raggiungere l'obiettivo perseguito.

La nostra trattazione parallela deve a questo punto forzatamente scindersi. La parziale diversità dei risultati raggiunti dal giudice comunitario in due cause sostanzialmente analoghe, che facevano presumere un esito simile, è sostanzialmente dovuta al diverso quadro giuridico applicabile. Da un lato, nel caso *Viking*, relativo all'applicazione della libertà di stabilimento, quale disciplinata dal solo diritto primario, il giudice comunitario ha garantito un ampio potere discrezionale al giudice del rinvio. Dall'altro lato, nel caso *Laval*, in una materia disciplinata non solo dalla libera prestazione dei servizi, ma anche da una normativa specifica di diritto derivato che regola il distacco dei lavoratori nel mercato interno, la Corte di giustizia ha preferito condizionare maggiormente la successiva valutazione del giudice di merito.

Tuttavia la diversità di giudizio nelle due cause risulta sicuramente altresì influenzata dalle differenze, in termini di modalità e di scopo, tra le azioni sindacali che avevano determinato un ostacolo alla libera prestazione di servizi ed alla libertà di stabilimento. Si è evidenziato come la

statuendo che “*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 Corte*” (CGUE, *Viking*, cit., p. 77; in senso analogo CGUE, *Commissione c. Lussemburgo*, cit., punto 29). Nello stesso senso nella sentenza *Laval*, la Corte, oltre a riconoscere una dimensione autonoma al diritto di sciopero nell'ordinamento comunitario, dopo aver stabilito che l'azione collettiva intrapresa poteva scoraggiare l'esercizio della libera prestazione dei servizi (punto 99), ha constatato che la tutela dei lavoratori potesse giustamente costituire una ragione imperativa di interesse generale in grado di giustificare restrizioni alle libertà economiche nel rispetto del principio di proporzionalità (punto 103).

³¹⁷ Per analogia in materia di gioco di azzardo cfr. CGUE, sentenza del 30 giugno 2011, C-212/08, *Zeturf*, p. 43, 47, 50, 70, 72, 83, ove la Corte ripete, quasi ossessivamente, che spetta di fatto al giudice nazionale valutare la proporzionalità della misura restrittiva della libera prestazione dei servizi rispetto allo scopo perseguito di tutela dei consumatori e di lotta alle attività illecite.

Corte di giustizia finisca in tal modo per imporre al giudice del rinvio, abituato a valutare lo sciopero secondo i criteri propri della giurisprudenza costituzionale, la gerarchia di valori ed obiettivi dell'ordinamento giuridico comunitario, sottoponendo al controllo giurisdizionale la libertà delle organizzazioni sindacali di scegliere gli scopi e le modalità di tutela dei lavoratori³¹⁸.

In relazione alla finalità di proteggere i lavoratori, che come sopra illustrato costituisce un motivo imperativo di interesse generale, possono essere distinti diversi scopi specifici delle azioni sindacali. In particolare il più comune ed importante obiettivo di uno sciopero indetto da un'organizzazione sindacale è collegato alla volontà di regolamentare in modo diretto (generalmente tramite la stipula di un contratto collettivo) o di modificare la disciplina delle condizioni salariali e lavorative dei propri membri. Tale scopo costituisce l'essenza stessa del diritto di associazione sindacale (oltre a rappresentare un mezzo per il suo esercizio), quale accolto nella tradizioni costituzionali degli Stati membri e riconosciuto da svariati strumenti internazionali. Le organizzazioni sindacali possono avere altresì interesse ad influenzare i livelli delle remunerazioni e le relative condizioni di impiego della manodopera di tutte le imprese operanti in un determinato settore o mercato, indipendentemente dall'appartenenza dei lavoratori alla rispettiva sigla sindacale. In tal caso la protezione dei lavoratori membri della propria associazione è sostanzialmente indiretta, tramite la salvaguardia delle condizioni salariali per l'intera categoria industriale di riferimento.

Nel caso *Viking*, da un lato, il coordinamento operato dalla Federazione Internazionale dei lavoratori marittimi era finalizzato a lottare contro le bandiere di convenienza sull'intero mercato mondiale dei trasporti navali, mentre dall'altro, l'azione sindacale intrapresa dal sindacato dei marinai finlandesi intendeva proteggere direttamente le condizioni di impiego dei membri stessi dell'organizzazione **(a)**.

Diversamente nel caso *Laval* l'esercizio del diritto di sciopero non era indirizzato a una diversa regolazione delle condizioni di impiego dei membri dell'organizzazione sindacale coinvolta, non essendo i lavoratori lettoni iscritti al sindacato svedese coinvolto, ma tendeva piuttosto ad ottenere l'applicazione dei livelli uniformi di remunerazione previsti in ambito nazionale per la manodopera dello stesso settore, con la peculiarità che nel caso di specie si trattava di lavoratori distaccati nell'ambito dell'esercizio della libera prestazione di servizi **(b)**.

a) Le funzioni dell'azione sindacale nel caso *Viking*

La finalità di proteggere direttamente le condizioni salariali dei propri membri perseguita dal sindacato dei marittimi finlandesi tramite l'azione sindacale oggetto di analisi rientrava certamente

³¹⁸ FONTANA G., *La libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in *Rassegna Diritto Pubblico Europeo*, 2010, n. 2, p.169, secondo il quale tramite tale giurisprudenza la Corte ha sostanzialmente riscritto i limiti della libertà d'azione sindacale.

nel motivo imperativo collegato alla tutela dei lavoratori. Secondo il ragionamento logico adottato dalla Corte in base al classico principio di proporzionalità (o dell'*ultima ratio*³¹⁹), l'azione sindacale non doveva andare oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito di salvaguardare le condizioni salariali e di impiego ed il posto di lavoro dei membri dell'associazione³²⁰

La Corte di giustizia nella causa *Viking*, devolve al giudice nazionale la non facile responsabilità di stabilire se effettivamente vi fosse un rischio concreto di pregiudizio per i lavoratori³²¹. In particolare alla giurisdizione di rinvio spetterà esaminare se, ai termini del proprio diritto interno applicabile al caso di specie, l'associazione sindacale non disponesse di altri strumenti meno restrittivi della libertà di stabilimento e se, ove esistenti, siano stati integralmente esperiti prima di intraprendere l'azione collettiva.

In ogni caso anche nell'ambito di tale arresto la Corte, precisando in senso particolarmente restrittivo le condizioni del controllo di proporzionalità, offre al giudice nazionale talune indicazioni che sembrano condurre ad un approccio maggiormente favorevole alla libertà di stabilimento, piuttosto che alla garanzia del diritto alla contrattazione collettiva. In tal senso deve sicuramente intendersi la rilevanza attribuita dalla Corte all'impegno assunto dalla società *Viking* di fronte al giudice inglese in relazione alla volontà di mantenere la relazione contrattuale con la manodopera locale previamente impiegata sull'imbarcazione destinata al cambio di bandiera³²².

La politica della Federazione Internazionale dei Trasporti (ITF) relativa alla lotta alle bandiere di convenienza era invece finalizzata a stabilire un collegamento costante tra lo Stato di registrazione dell'imbarcazione e la nazionalità della compagnia navale, così da garantire la conservazione dei medesimi livelli di tutela delle condizioni lavorative e salariali dei lavoratori marittimi ivi impiegati. Tale approccio si fonda sostanzialmente sul principio che debba essere possibile contrattare convenzioni collettive esclusivamente con le organizzazioni sindacali dei marittimi appartenenti al medesimo Stato del proprietario del battello.

Risulta evidente come tale politica si ponga in contrasto, nell'ambito del mercato interno, con il diritto alla libertà di stabilimento di cui possono usufruire le imprese impiantate in uno Stato membro dell'Unione europea. In tal senso la valutazione del giudice comunitario pare estendere l'ambito applicativo delle libertà di circolazione maggiormente rispetto a quanto fatto in relazione allo sciopero dei sindacati finlandesi finalizzato a tutelare i propri membri. La politica di lotta alle bandiere di convenienza, ove si risolva in un ostacolo alla facoltà degli armatori di registrare le

³¹⁹ MALMERG J.-SIGEMAN T., op. cit., p. 1132.

³²⁰ *Viking*, cit., p. 87. Si è evidenziato come il principio del “*last resort*” assunto dal giudice comunitario indichi chiaramente una preferenza per un sistema delle relazioni industriali “*institutionalised and participatory*” (ALES E., GAETA L., ORLANDINI G., *Collective Action in Italy. Conceptualising the right to strike*, in ALES E., NOVITZ T., *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe. Striking the balance*, Intersentia, Antwerp – Oxford, 2010).

³²¹ Così BIANCO G., RAGUES G., op. cit., p. 14.

³²² *Viking*, cit., punto 82.

proprie imbarcazioni in uno Stato membro diverso da quello cui appartengono le rispettive compagnie navali, costituisce una palese restrizione alla libertà di stabilimento che in base al ragionamento del giudice comunitario non può essere obiettivamente giustificata³²³. Spetta tuttavia nuovamente al giudice del rinvio stabilire se effettivamente l'azione sindacale di contrasto alle pratiche di *reflagging* costituisca nel caso di specie un mezzo proporzionato e necessario. Anche in tal caso tuttavia la Corte, pur lasciando la questione aperta alla discrezionalità della giurisdizione nazionale, sembra offrire un criterio di analisi ove specifica che la politica di lotta al cambio di bandiera possa effettivamente contribuire alla tutela dei lavoratori solo ove impedisca la registrazione in un Paese diverso in caso di rischio concreto di peggioramento delle condizioni lavorative³²⁴. Si rivela indubbiamente una *probatio diabolica* dimostrare, peraltro in via preventiva, che il mero cambio di bandiera di un'imbarcazione avrebbe poi di fatto concretamente pregiudicato le condizioni lavorative della manodopera ivi impiegata.

In sintesi quindi, dalle conclusioni cui è giunta la Corte, pare desumersi che le azioni collettive intraprese dalle organizzazioni sindacali possano ritenersi giustificate alla luce del motivo imperativo di interesse generale di tutela del lavoro solo ove siano effettivamente orientate a proteggere i diritti sociali degli stessi membri dell'associazione collettiva. Risultano al contrario presumibilmente abusive azioni sindacali (quali la lotta alle bandiere di convenienza) meramente indirizzate, in assenza di minaccia concreta (e dimostrabile) alle condizioni di impiego, a scoraggiare l'esercizio della libertà di stabilimento da parte di imprese che de-localizzano la propria produzione al fine di approfittare di un sistema giuridico maggiormente vantaggioso³²⁵.

b) Protezione dei lavoratori distaccati e lotta al *dumping* sociale nel caso *Laval*

Diversamente dalla discrezionalità (comunque anche in tal caso “orientata”) concessa al giudice del rinvio nel caso *Viking*, la Corte, nel caso *Laval*, risolve autonomamente la questione, statuendo che lo sciopero era una misura non proporzionata in quanto mirava ad imporre livelli di tutela più stringenti rispetto agli standard di protezione minima fissati dalla direttiva sul distacco.

Lo sciopero non era infatti mirato ad imporre i minimi di tutela previsti dalla direttiva sul distacco, ma gli standard di protezione sanciti dalla contrattazione collettiva che prevedevano condizioni di lavoro e di occupazione relativi a materie ulteriori rispetto agli standard stabiliti dal diritto comunitario³²⁶. Ulteriormente, nonostante l'articolo 3.7 della direttiva prevedesse la possibilità di

³²³ *Viking*, cit., punto 88.

³²⁴ La valutazione della legittimità della finalità perseguita richiederebbe in tal senso "a connection between the action taken and tangible, even immediate, benefits for particular workers" (NOVITZ T., *The impact of Viking and Laval: Contesting the social function and legal regulation of the right to strike*, in ALES E., NOVITZ T., *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe. Striking the balance*, Intersentia, Antwerp – Oxford, 2010).

³²⁵ DE SCHUTTER O., op. cit., p. 364.

³²⁶ *Laval*, cit., punti 109-110.

applicare standard di tutela più favorevoli ai lavoratori di quelli di protezione minima previsti dalla direttiva, la Corte intende questa facoltà esclusivamente in riferimento alle condizioni più vantaggiose applicate alla manodopera nel proprio Stato di origine, non essendo concesso allo Stato membro ospitante d'imporre il rispetto sul proprio territorio da parte delle imprese transfrontaliere di obblighi di protezione sociale più vantaggiosi per i lavoratori di quelli minimi previsti dalla direttiva³²⁷.

Come già illustrato, in vista della massima efficacia delle norme in materia di libera circolazione, le disposizioni sul nocciolo duro di tutela, oltre a costituire il livello minimo, finiscono di fatto per costituire anche il grado massimo di protezione sociale accordata alla manodopera distaccata.

Nello stesso senso viene altresì rigettata l'applicazione dell'articolo 3.10 della direttiva ai sensi del quale è possibile estendere l'ambito applicativo della normativa sul distacco ove le disposizioni dello Stato membro ospitante abbiano natura di ordine pubblico. L'accordo collettivo per il settore edile di cui il sindacato svedese invocava l'applicazione conteneva infatti condizioni relative a materie che non rientravano nel nocciolo di tutela minimo accordato dal diritto comunitario. Secondo la Corte solo le autorità pubbliche potevano classificare come di ordine pubblico le fonti regolative di diritto del lavoro del proprio ordinamento e non era quindi consentito a mere associazioni sindacali di invocare il carattere pubblicistico delle norme contenute nell'accordo collettivo³²⁸.

Risulta infine utile sottolineare come il giudice comunitario nel caso di specie non esaurisca la propria valutazione agli aspetti relativi alle modalità d'esercizio del diritto di sciopero, ma estenda la propria capacità cognitiva anche alle finalità dell'azione collettiva, sindacando indirettamente la legittimità del contenuto sostanziale della rivendicazione. La Corte non si è dunque arrestata ad un giudizio incentrato sui profili strutturali dell'azione collettiva, limitandosi ad analizzare le modalità dello sciopero, ma tramite una pronuncia esplicitamente invasiva si è spinta ad apprezzarne gli aspetti funzionali, valutando le finalità dell'azione sindacale.

³²⁷ *Laval*, cit., punto 81.

³²⁸ *Laval*, cit., punto 84.

Sezione III. *Laval* e *Viking*: incidente di percorso o nuovo filone giurisprudenziale?

In tale sezione tenteremo di valutare la portata delle sentenze menzionate al fine di comprendere se la scelta di favorire l'effettività delle libertà economiche sull'esercizio dei diritti sociali esprima una soluzione dettata dalla peculiarità dei casi di specie o se non tratti invece d'una precisa scelta di campo da parte del giudice comunitario a difesa del sistema di valori di cui la Corte di giustizia è custode (§ 1). A tal fine pare utile analizzare la successiva giurisprudenza ove si è nuovamente riproposto il contrasto tra libertà di circolazione e diritti fondamentali iscritti nelle tradizioni giuridiche di diritto del lavoro degli Stati membri (§ 2). In tal senso valuteremo se le sentenze *Viking* e *Laval* abbiano dato vita ad un nuovo filone giurisprudenziale che, tendendo ad interpretare la tutela dei diritti sociali a livello nazionale come una mera restrizione al funzionamento del mercato comune, rischia di estendere pericolosamente la frattura esistente tra mercato e solidarietà nel processo europeo di integrazione (§ 3).

§ 1. I risultati del bilanciamento tra strumenti del mercato e finalità sociali alla luce della giurisprudenza

Nei casi *supra* analizzati la Corte ha valutato i diritti fondamentali (e quindi anche i diritti sociali di sciopero e d'azione collettiva) alla stessa stregua del diritto primario, attribuendogli quindi in astratto un valore equivalente (e non sovraordinato o comunque speciale) rispetto alle libertà economiche. L'implicazione di tale assunto è piuttosto scontata: in caso di conflitto tra diritti fondamentali e libertà economiche non può esistere un primato stabilito in astratto indipendentemente dagli interessi in gioco, ma deve essere effettuato un bilanciamento in concreto³²⁹. Gli esiti di tale conciliazione in concreto hanno finito tuttavia per stabilire il primato gerarchico della libera circolazione, avendo la Corte meramente inteso l'esercizio di un diritto sociale in termini di restrizione al funzionamento del mercato comune e non viceversa.

In tale giurisprudenza la Corte, accanto al riconoscimento dei diritti sociali collettivi, riafferma quindi con forza le libertà economiche di circolazione e ne ribadisce la centralità ed il valore di costituzione materiale dell'Unione europea. Libera circolazione dei servizi e libertà di stabilimento

³²⁹ ZILIO GRANDI G., op. cit., sostiene che costituisca “un errore accettare passivamente la primazia delle libertà economiche, all'interno di uno schema ‘regola-eccezioni’ connesso a principi quali la stretta necessità, la proporzionalità, la non discriminazione, l'interpretazione restrittiva del fondamento economico del principio di libera circolazione” (p. 58).

si rivelano il mezzo che legittima la Corte nel sanzionare ogni condotta nazionale dettata da un timore protezionistico nei confronti di un spazio comune privo di frontiere, onde evitare una compartimentazione dei mercati interni degli Stati membri³³⁰.

Per quanto concerne i diritti sociali a fruizione collettiva la Corte sembra invece legittimare l'adozione di uno standard di protezione "comunitariamente" orientato, prospettando per tale classe di diritti una regressione al funzionalismo³³¹, ove la tutela degli stessi non è dovuta a priori, ma deriva semmai dalle esigenze di integrazione del mercato interno. Il giudice comunitario, pur riconoscendo un'astratta equivalenza tra diritti fondamentali e libertà economiche, finisce di fatto, nel bilanciamento in concreto tra libera circolazione e diritto d'azione sindacale, per stabilire una gerarchia tra le prioritarie esigenze del mercato comune e la necessità di perseguire anche in ambito sovranazionale politiche sociali³³².

La mancanza di parità sostanziale, *conditio sine qua non* di ogni eventuale bilanciamento in concreto, è d'altra parte confermata dal confronto degli ampi mezzi legislativi attribuiti in materia di mercato interno alle istituzioni comunitarie con la mancanza di poteri regolativi delle stesse nel settore della protezione sociale dei lavoratori. Stabilire un principio di equivalenza gerarchica in termini formali si rivela del tutto sproporzionato, in assenza di un trattamento giuridico differenziato, una discriminazione positiva che riassicuri il riequilibrio in concreto dello sbilanciato rapporto di poteri nel mercato. In tal senso lo sbilanciamento dimostrato da parte del giudice comunitario in favore delle libertà di circolazione si rivela "*una forzatura concettuale, strumentale all'obiettivo di privilegiare i valori economici rispetto a quelli sociali*³³³" che potrebbe essere corretta solo attraverso il riconoscimento della prevalenza dei diritti sociali sulle libertà economiche.

Il giudice comunitario avendo *comunitarizzato* il principio della tutela dei lavoratori ed avendo elevato la libertà sindacale al grado di diritto fondamentale può permettersi di apportare opportune restrizioni all'esercizio di tale diritto e bilanciarne la portata giuridica con altri valori essenziali dell'ordinamento comunitario.

Nel contesto della situazione di conflitto che può derivarne, per non destabilizzare la portata

³³⁰ In tal senso si è sostenuto che l'approccio della Corte nei casi *Viking* e *Laval*, ritenendo la normativa degli Stati membri in materia di diritto del lavoro come una mera restrizione alla libera circolazione e sottoponendola quindi ad un rigido test di proporzionalità, "*radically altered the nature of the relationship between social policy and internal market law*" (DEAKIN, *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's Social Market Economy*, op. cit., p. 19).

³³¹ VENEZIANI B., *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, in *Rivista giuridica del Lavoro*, 2008, II, p. 301.

³³² JOERGES C.-RODL F., op. cit., 381, sostiene che tale giurisprudenza abbia sostanzialmente "*prioritized European economic freedoms over the social objectives of national labour law*", esponendo i mercati del lavoro della "vecchia Europa" alla concorrenza al ribasso sul costo della manodopera che i prestatori di servizi provenienti da Stati membri *new comers* possono permettersi di proporre.

³³³ CARABELLI U., Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica, in *Studi sull'integrazione europea*, op. cit., p. 220.

giuridica dei diritti sociali collettivi sarebbe invece utile, innanzitutto, un dialogo diretto ed una proficua collaborazione tra le massime istanze giudiziarie degli Stati membri, custodi dell'identità giuridica di tali diritti a livello nazionale, e la Corte di giustizia cui compete ricercare il "massimo" (e non meramente il minimo) comune denominatore tra diversi ordini costituzionali. La creazione di uno spazio sociale europeo dipende, infatti, dalla capacità del giudice comunitario di armonizzare, supportato dal principio di sussidiarietà, i sistemi di tutela previsti a livello nazionale tramite un'interpretazione omologante che non impoverisca la sostanza dei diritti o sminuisca l'intensità delle garanzie, ma che tenda invece ad un'integrazione "verso l'alto" degli standard di protezione³³⁴.

§ 2. Quanti indizi fanno una prova? Libera circolazione e diritto di negoziazione collettiva

Il medesimo approccio sbilanciato³³⁵ in favore delle libertà economiche ed a discapito delle tutele sociali accolto nella giurisprudenza menzionata, è altresì ritenuto parzialmente rinvenibile nei casi *Rüffert*³³⁶ (a), *Commissione c. Lussemburgo*³³⁷ (b) e *Commissione c. Germania* (c) ove si è nuovamente ritenuta prioritaria l'espansione e la promozione delle libertà di circolazione rispetto ad un diritto sociale fondamentale, in tal caso il diritto alla negoziazione collettiva. In tali cause la Corte non ha ritenuto di poter espandere al mercato interno il principio immunitario che aveva invece ritenuto di concedere alla materia della contrattazione collettiva rispetto all'applicazione del diritto della concorrenza³³⁸.

Nelle cause *Ruffert* e *Commissione c. Lussemburgo* taluni contratti collettivi, che prevedevano standard di tutela maggiormente protettivi nei confronti dei lavoratori distaccati rispetto al nucleo minimo di tutela fissato dalla direttiva 96/71, sono stati considerati incompatibili con il diritto UE, avallando in tal modo le differenze di trattamento tra manodopera e restringendo l'autonomia sindacale delle parti sociali³³⁹. In entrambe le suddette pronunce la Corte, in piena sintonia con la giurisprudenza *Laval*, ha confermato un'interpretazione formalistica ed economicamente orientata

³³⁴ Mentre invece le sentenze *Viking* e *Laval*, valutando la disciplina giuslavoristica degli Stati membri in termini di distorsione al mercato, "threatened to initiate a race to the bottom between national systems".

³³⁵ Così come definito da VIMERCATI A., *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009.

³³⁶ CGUE, 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert*.

³³⁷ CGUE, 27 gennaio 2011, *Commissione contro Lussemburgo*, cit.

³³⁸ CGUE, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, p. 59, ove, pur concedendosi che "taluni effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori", si era tuttavia affermato che "gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'articolo 85, n. 1, del Trattato nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro".

³³⁹ Si è evidenziato, in merito alla causa *Laval*, come l'attribuzione al giudice nazionale del compito di valutare alla luce del diritto comunitario le finalità dello sciopero intrapreso dalle azioni sindacali rischia di compromettere il valore dell'autodeterminazione "che costituisce, nelle tradizioni costituzionali comuni, un'essenziale componente dell'autonomia sindacale" (BALLESTRERO M.V., op. cit., p. 383).

della direttiva 96/71, estendendo l'ambito applicativo della libera prestazione dei servizi verso ambiti regolativi tradizionalmente riservati negli ordinamenti giuridici interni alla contrattazione collettiva.

A parziale discolpa dell'approccio alla materia del giudice comunitario, il quale avrebbe comunque potuto applicare in senso più flessibile (e "solidaristico") il controllo di proporzionalità, occorre rimarcare che nei tre casi menzionati relativi ad ipotesi di utilizzo temporaneo di manodopera distaccata (*Laval, Ruffert, Commissione c. Lussemburgo*), l'intervento giurisprudenziale sia potenzialmente derivato da un cattivo recepimento negli ordini interni della direttiva sul distacco. L'estensione nei confronti del lavoratore distaccato di condizioni di lavoro non previste dalla direttiva, la mancata dichiarazione di efficacia erga omnes dei contratti collettivi ed il ricorso inadeguato alla clausola di ordine pubblico, eccedendo i limiti previsti dalla direttiva 96/71 alle ipotesi di applicazione della legislazione dello Stato ospitante, non potevano, infatti, non essere rilevati dalla Corte e dichiarati contrari alle libertà di circolazione.

La stessa interpretazione del conflitto favorevole alle libertà economiche e pregiudizievole per i diritti sociali collettivi pare altresì riproporsi nel successivo arresto *Commissione c. Germania*³⁴⁰, avente ad oggetto la violazione da parte della Repubblica tedesca delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

a) La causa *Ruffert*

La controversia riguardava la compatibilità della disciplina comunitaria in materia di libera prestazione dei servizi e della direttiva sul distacco con una normativa del Land Bassa Sassonia. Ai termini della legge regionale, le amministrazioni aggiudicatrici potevano attribuire pubblici appalti per lavori edili solo alle imprese che, alla presentazione dell'offerta, si impegnassero per iscritto a corrispondere ai loro dipendenti una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo di esecuzione della prestazione, nonché a vincolare anche gli eventuali subappaltatori al rispetto del medesimo obbligo. Nel caso di specie una subappaltatrice polacca aveva invece impiegato propri dipendenti, corrispondendo loro una retribuzione inferiore a quanto previsto dal contratto collettivo applicabile.

Tale clausola di solidarietà, che comporta di fatto un'estensione forzata dell'applicabilità dell'accordo collettivo, nonostante l'avvallo della Corte costituzionale tedesca³⁴¹, fu ritenuta dalla Corte di giustizia incompatibile con l'esercizio della libera prestazione dei servizi, quale garantita

³⁴⁰ CGUE, 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione c. Germania*.

³⁴¹ Si è evidenziato nella dottrina germanofona che l'intervento del giudice comunitario, proprio perché affronta una questione già di per sé controversa in diritto tedesco e valuta la legittimità di una legislazione già politicamente molto discussa, finisce per inserirsi negli ingranaggi di un processo democratico in un settore altamente sensibile, peraltro estraneo alla stessa competenza normativa comunitaria (JOERGES C.-RODL F., op. cit., 391).

dai Trattati e dalla direttiva sul distacco.

Nuovamente il giudice comunitario pare estendere l'ambito operativo e quindi gli effetti della direttiva 96/71, sostenendo che nessuno strumento diverso da quelli tassativamente previsti dalla normativa comunitaria (quali nel caso di specie contratti collettivi di applicazione non generale aventi un ambito operativo territorialmente limitato) possa essere impiegato al fine di prevedere l'applicazione delle condizioni lavorative dello Stato membro ospitante nei confronti dei lavoratori ivi distaccati. Va tuttavia sottolineato che anche nel caso di specie, come era già avvenuto nell'ambito della causa *Laval*, si è ancora una volta in presenza di un'inadeguata trasposizione della direttiva nell'ordine interno di uno Stato membro, non essendo stata fissata la tariffa salariale minima secondo una delle modalità previste dalla legislazione derivata in questione, ma tramite l'imposizione d'applicare un contratto collettivo non dichiarato di applicazione generale, pur vigendo in Germania un tale sistema d'efficacia *erga omnes*.

Secondo la Corte inoltre, la misura interna, limitando al solo settore pubblico l'obbligo di estendere i contratti collettivi locali nei confronti dei lavoratori distaccati, non può nemmeno pretendere di perseguire un obiettivo generale di protezione dei lavoratori, con la conseguenza che la valutazione della legittimità della restrizione si arresta, con esiti ovviamente negativi, al primo test sulla giustificazione di un ostacolo alla libera circolazione³⁴².

La Corte di giustizia in tale causa è intervenuta ad effettuare un nuovo ed ulteriore bilanciamento in un ambito ove le autorità nazionali avevano già di per sé cercato di contemperare, peraltro tramite un processo legislativo e non in via giurisprudenziale, le regole del mercato in materia di pubblici appalti con taluni meccanismi di esenzione a tutela delle relazioni industriali. Si conferma quindi l'approccio interventista del giudice comunitario che, senza valutare gli effetti sociali delle proprie posizioni, sposta i confini comunitari del libero mercato, giustificando l'invasione di sfere tradizionalmente riservate a secolari tradizioni nazionali con il ricorso alla necessità di assicurare l'effetto utile delle libertà di circolazione.

b) La causa *Commissione c. Lussemburgo*

Tramite la legge di recepimento della Direttiva 96/71, il Granducato del Lussemburgo aveva previsto che costituissero “*disposizioni imperative di ordine pubblico nazionale*”, applicabili a tutti i lavoratori operanti sul relativo territorio, inclusi quelli ivi temporaneamente distaccati, tutte le proprie previsioni legislative, regolamentari, amministrative, nonché quelle contenute in contratti collettivi ad efficacia *erga omnes*, riguardanti la disciplina del rapporto di lavoro. In sostanza, far rientrare tutta la regolamentazione giuslavoristica nazionale nella nozione di ordine pubblico

³⁴² CGUE, *Ruffert*, cit., p. 40.

avrebbe permesso di estendere in modo integrale la disciplina del Paese ospitante nei confronti della manodopera distaccata ivi operante, rendendo così applicabile nei confronti dei prestatori transfrontalieri di servizi, una serie di condizioni di lavoro ed occupazione ulteriori rispetto a quanto previsto dal nocciolo duro di tutela stabilito dalla direttiva.

La Corte di giustizia ritenne indebito l'uso estensivo della clausola di ordine pubblico prevista dalla direttiva 96/71, che, in quanto deroga ad una libertà fondamentale, deve essere invece intesa in senso restrittivo, non permettendo l'applicazione dell'intera disciplina giuslavoristica dello Stato ospitante. Tale giurisprudenza conferma nuovamente come la direttiva in materia di distacco dei lavoratori riduca al minimo le possibilità per lo stato membro ospitante di estendere la propria normativa di protezione sociale oltre il nucleo minimo di tutela previsto dalla direttiva stessa³⁴³.

c) La causa *Commissione c. Germania*

La controversia concerneva una normativa tedesca che consentiva agli enti locali di aggiudicare gli appalti per i servizi di previdenza integrativa aziendale meramente sulla base di una selezione stabilita nei contratti collettivi, anziché tramite la previsione di una gara d'appalto a livello europeo come stabilito dalla disciplina comunitaria rilevante³⁴⁴.

La scelta di concedere l'appalto tramite appositi accordi quadro in favore di enti previdenziali individuati da un contratto collettivo si poneva, secondo la Commissione, in contrasto con l'effettivo esercizio della libera prestazione di servizi, di cui sono espressione le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

Il giudice comunitario investito della questione, in seguito ad una procedura d'infrazione, dopo aver riconosciuto, come già aveva fatto per il diritto di sciopero nella giurisprudenza precedente, che il diritto di negoziazione collettiva costituisce un diritto fondamentale, ha contemperato gli obiettivi sociali perseguiti tramite la stipula del contratto collettivo con le finalità del diritto comunitario degli appalti pubblici.

La funzione di protezione sociale perseguita tramite l'esercizio del contratto collettivo non è stata ritenuta una ragione idonea a giustificare la mancata indizione di una gara d'appalto a livello europeo. In particolare, secondo la Corte, la funzione di individuare gli operatori cui attribuire lo svolgimento dei servizi di previdenza complementare non poteva essere delegata alla contrattazione tra parti sociali, non risultando tale finalità attinente *“all'essenza del diritto di negoziazione*

³⁴³ In questo senso VAN HOEK A.A.H.-HOUWERZIJL M., *'Posting' and 'posted workers' – The need for clear definitions of two key concepts of the Posting of Workers Directive.*, in BARNARD C.-GEHRING M.-SOLANKE I., Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Volume 14 2011-2012, pp. 419-452.

³⁴⁴ Direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, p. 1), e, a decorrere dal 1° febbraio 2006, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, p. 114).

*collettiva*³⁴⁵”.

La Corte di giustizia, rigettando ogni ipotesi di immunità in materia di autonomia collettiva, ripropone nuovamente una visione espansiva delle libertà di circolazione. La ricomposizione del conflitto assume quindi anche stavolta esiti sostanzialmente sbilanciati in favore delle libertà economiche, con conseguente compressione del diritto alla negoziazione collettiva. L'approccio risulta lo stesso adottato nella giurisprudenza precedente: una valutazione giudiziale minuziosa sul merito, sulla finalità e sui risultati della contrattazione collettiva, come già era stato per il diritto di sciopero, riproponendo in tal modo le medesime criticità interpretative individuate in riferimento alle sentenze *Laval* e *Viking*³⁴⁶.

§ 3. Frattura o bilanciamento tra economia di mercato e modello sociale? Dove non può il legislatore, arriva la Corte.

Negli anni recenti la Corte di giustizia ha affrontato una serie di casi ("*the Laval quartet*³⁴⁷") che hanno evidenziato la frattura tra modello sociale ed economia di mercato³⁴⁸, esacerbando la difficoltà di conciliare l'esercizio da parte delle associazioni sindacali di taluni diritti sociali (in particolare il diritto di sciopero e di negoziazione collettiva) con la promozione delle libertà economiche sancite dai Trattati (nello specifico con la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi).

Nell'ambito di tale giurisprudenza (casi *Laval*, *Ruffert*, *Commissione c. Lussemburgo*), come già precedentemente evidenziato, la Corte ha avuto altresì la possibilità di evidenziare taluni limiti della direttiva sul distacco, precisando l'interpretazione della nozione di ordine pubblico e specificando la portata sostanziale delle condizioni di lavoro che costituiscono il nucleo minimo di tutela.

Inoltre nelle cause *Viking* (relativa al diritto di stabilimento) e *Laval* (relativa al distacco nell'ambito di una prestazione di servizi) la Corte ha altresì riconosciuto che il diritto di intraprendere una azione collettiva, compreso il diritto di sciopero, costituisce un diritto fondamentale che fa parte

³⁴⁵ *Commissione c. Germania*, cit., p. 49.

³⁴⁶ DE SALVIA A., *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*, in *Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona"*, INT – 98/2012, p. 7.

³⁴⁷ Per tale definizione v. DORSSEMONT F., *Values and Objectives*, in BRUUN N.- LORCHER K.-SCHOMANN I., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 49.

³⁴⁸ In questo senso v. il Rapporto al presidente della Commissione europea José Manuel Barroso di Mario Monti del 9 maggio 2010, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea*, p. 74, ove si evidenzia come "*Le sentenze della Corte hanno evidenziato le fenditure createsi in due direzioni fra il mercato unico e la dimensione sociale a livello nazionale*", riproponendo "*una vecchia frattura mai sanata: la divisione fra i sostenitori di una maggiore integrazione del mercato e coloro che considerano l'appello alle libertà economiche e alla soppressione delle barriere normative la parola d'ordine per smantellare i diritti sociali tutelati a livello nazionale*" (p. 73).

integrante dei principi generali del diritto europeo di cui la Corte assicura l'osservanza. L'inclusione di tale diritto sociale nell'alveo dei principi giuridici tutelati dall'ordinamento giuridico europeo ha tuttavia permesso per la prima volta³⁴⁹ alla Corte di giustizia di valutarne la legittimità dell'esercizio alla luce delle libertà economiche fondamentali. In particolare, pur costituendo il diritto di sciopero un motivo astrattamente idoneo a limitare le libertà economiche, la ragione giustificativa degli ostacoli alle libertà di circolazione non è stata ricollegata all'esercizio del diritto stesso, ma all'obiettivo concretamente perseguito tramite l'azione sindacale, svuotandone in tal modo il contenuto³⁵⁰.

Sintetizzando quanto asserito dalla Corte di Giustizia nelle cause *Viking* e *Laval* in merito al diritto di sciopero: l'azione collettiva costituisce meramente la manifestazione del potere delle organizzazioni sindacali di disciplinare le relazioni industriali tramite la contrattazione collettiva; l'esercizio del diritto di sciopero può essere giustificato solo ove tenda all'immediata e diretta soddisfazione degli interessi dei lavoratori coinvolti; l'azione collettiva deve costituire l'ultima risorsa disponibile e deve essere proporzionata rispetto allo scopo perseguito, in base ad una valutazione che è sostanzialmente affidata al giudice nazionale, il quale deve però applicare un sistema di valori e criteri proprio all'ordinamento comunitario.

L'approccio adottato dalla Corte in tali due cause non pare riflettere adeguatamente la diversità dei sistemi di relazioni industriali esistenti negli Stati membri, mancando una valutazione delle relative specificità che li caratterizzano. In particolare, in taluni Stati membri: il diritto di sciopero può anche avere carattere individuale; il legittimo scopo di un'azione collettiva può estendersi anche oltre finalità meramente legate alla contrattazione collettiva; il giudice nazionale può rifiutarsi di utilizzare i criteri di proporzionalità o dell'ultima ratio per valutare alla luce del proprio ordinamento interno la legalità dello sciopero; non sempre lo scopo perseguito tramite l'azione sindacale costituisce un elemento di analisi ammesso per sindacare la legittimità dello sciopero³⁵¹.

Il giudice comunitario, seppur riconoscendo in astratto che l'Unione non persegue esclusivamente una economia di mercato fondata sulla competitività, ma anche finalità di natura sociale, ha di fatto ristretto la possibilità degli Stati membri di difendere il proprio mercato interno da fenomeni di *dumping* sociale, vincolando la potestà normativa delle autorità nazionali (*Commissione c. Lussemburgo*), la capacità amministrativa degli enti locali (*Ruffert e Commissione c. Germania*) ed il diritto all'azione collettiva dei sindacati (*Viking* e *Laval*).

Si è sostenuto come tale posizione assunta dalla Corte finisca per negare la divisione esistente (“*the*

³⁴⁹ DE SALVIA A., *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*, op. cit., p. 2.

³⁵⁰ ORLANDINI G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Working Papers CSDLE “Massimo D’Antona”*, INT – 66/2008, pp. 49 e ss.

³⁵¹ In tal senso NOVITZ T., op. cit.

*decoupling*³⁵²) nel processo europeo di integrazione tra sfera sociale ed economica: mentre il compito di stabilire un mercato interno, ove sono garantite le libertà di circolazione e la concorrenza tra le imprese (la costituzione economica), sarebbe attribuito all'ordinamento sovranazionale, la tutela dei fondamentali diritti sociali dei cittadini europei e dei rispettivi sistemi di previdenza (il c.d. Stato sociale) dovrebbe rimanere nella competenza degli Stati membri³⁵³. Da un lato quindi il mercato interno avrebbe assicurato la prosperità degli operatori che ne sfruttavano le potenzialità e dall'altro gli Stati membri avrebbero garantito la giustizia sociale, ridistribuendo i profitti che le libertà di circolazione avessero generato. Una tale spartizione delle sfere d'influenza, si fondava sull'assunto che un mercato comune dei fattori produttivi e la libertà degli scambi commerciali non avrebbero intaccato diritti e salari dei lavoratori, né promosso una concorrenza al ribasso tra i diversi livelli di tutela sociale esistenti nei Paesi membri³⁵⁴. Chiaramente, la rispettiva protezione dei mercati interni del lavoro era garantita a quegli Stati membri che avrebbero potuto o imporre una soglia minima di condizioni salariali e di impiego o, alternativamente, delegare alla contrattazione collettiva la definizione del livello di tutela. Subordinare quindi, anche in seguito ad un bilanciamento, la fruizione di un diritto sociale conferito da uno Stato membro ad un proprio cittadino agli effetti delle libertà economiche di circolazione, significa smentire la valenza di tale divisione di sfere d'azione tra competenza nazionale e sovranazionale, rigettando ogni ipotesi relativa al carattere limitato della sfera d'azione comunitaria³⁵⁵.

Non pare in tal modo valutata la persistenza di un deficit in campo sociale nel processo europeo di integrazione che impedisce alle istituzioni comunitarie, in assenza di un'attribuzione di competenza in tal senso e della mancanza di strumenti adeguati, di sviluppare a livello sovranazionale un sistema di tutele equivalente a quello esistente nelle democrazie a tradizione solidaristica dei Paesi membri dell'Europa occidentale³⁵⁶. L'esteso ambito applicativo attribuito alle libertà di circolazione pare rappresentare il superamento di un principio di integrazione negativa meramente parziale, limitata alla sfera d'azione delle competenze comunitarie, in favore di un regime di “*total integration*”³⁵⁷, ove l'espansione e l'effettività della disciplina del mercato interno può sconfinare in

³⁵² DE SCHUTTER O., op. cit., p. 364.

³⁵³ Nel medesimo senso KLOSSE S., *Balancing Europe's economic and social goals: fighting a losing battle?*, in *European Journal of Social Law*, 3-2012, p. 182, ove si afferma: “*The project of european integration has been built on two separate tracks. The first track was positioned at supranational level so as to ensure uniform economic integration. [...] Redistributive, social policies, on the other hand, were anchored at the nation level*”. Secondo l'autore tale equilibrio è sostanzialmente rimasto inalterato ed immutato fino a quando i principi comunitari in materia di libero scambio e le regole del mercato interno hanno iniziato ad infiltrare la dimensione sociale del processo di integrazione, che i padri fondatori avevano riservato alla competenza nazionale.

³⁵⁴ JOERGES C.-RODL F., op. cit., p. 388.

³⁵⁵ Tale visione corrisponderebbe ad una “*visione paternalistica delle relazioni economico-contrattuali, intesa a negare la perenne immanenza del conflitto tra capitale e lavoro, tanto nei mercati nazionali quanto in quello comunitario*” (CARABELLI U., *Note critiche a margine delle sentenze Viking e Laval*, op. cit., pp. 163 e 164).

³⁵⁶ JOERGES C.-RODL F., op. cit., p. 387.

³⁵⁷ AZOULAI L., *The Court of Justice and the Social Market Economy: the Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realisation*, in *Common Market Law Review*, 45(2008), p. 1346.

settori tradizionalmente riservati alla regolamentazione nazionale.

Manca del tutto inoltre una valutazione delle differenti caratteristiche che distinguono le libertà economiche dai diritti sociali collettivi: attribuire superiorità ad una classe di diritti equivale a negare le diversità di specie che li caratterizza. A sua volta l'accentuata estensione degli effetti delle disposizioni pro-mercato della direttiva sul distacco, svalorizzandone le relative finalità sociali, si traduce, ove persista un'interpretazione orientata in favore delle libertà economiche, nell'attribuzione a strumenti di promozione del mercato interno del potere di incidere sui sistemi sociali degli stati membri, quali radicati nelle rispettive costituzioni nazionali.

Lo stesso riconoscimento da parte della Corte di un'espansione della dimensione sociale del processo di integrazione non pare tuttavia in grado di ridimensionare l'esteso ambito degli effetti della dottrina del mercato interno in modo da poter salvaguardare almeno i diritti sociali garantiti negli Stati membri dalla valutazione di legittimità alla luce del “diritto della libera circolazione”. Nonostante quindi si affermi formalmente che l'Unione persegue anche una finalità sociale, l'originario orientamento economico del funzionalismo che ha ispirato il processo di costruzione europea, e la frigidità sociale³⁵⁸ che ne ha caratterizzato l'evoluzione, paiono, almeno alla luce della giurisprudenza, sostanzialmente immutati.

Anche la tecnica di bilanciamento del conflitto tra libertà economiche e diritti sociali, ove meramente fondata sul concetto di proporzionalità, finisce per non valutare la specialità degli interessi coinvolti, in assenza di un'equilibrata ponderazione tra gli stessi. L'assunzione di un approccio economico-funzionalista proprio al giurista comunitario non giustifica la disparità di trattamento in mancanza di una piena equivalenza tra diritti e libertà³⁵⁹. La diversità di mezzi e di tutele esistenti in ambito sociale, e l'applicazione ai diritti fondamentali dei lavoratori di un giudizio di legittimità fondato sulla garanzia ed effettività della libera circolazione, dovrebbero invece permettere di stabilire, almeno in astratto, la prevalenza dei diritti di sciopero e contrattazione collettiva sulle libertà economiche, così da non ridurre l'esercizio di tali diritti a mere restrizioni nazionali agli scambi commerciali sul mercato interno.

³⁵⁸ MANCINI F., *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 1988, p. 26.

³⁵⁹ Sulla costruzione dell'Unione europea in chiave mercantilista, ove il paradigma dominante risulta essere quello economico funzionalista, v. CANTARO A., *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella Costituzione europea*, Giappichelli, 2007, p. 62.

Capitolo II. I Oltre il Trattato di Lisbona, verso un nuovo approccio al conflitto tra mercato europeo dei servizi e politiche sociali

La giurisprudenza oggetto di analisi nel precedente capitolo ha affrontato per la prima volta il rapporto tra libertà economiche e diritti sociali, giungendo alla conclusione che, nonostante il diritto di sciopero e di azione collettiva costituiscano espressione di un diritto fondamentale tutelato dall'ordinamento giuridico comunitario, l'esercizio di tali libertà sindacali non risulta scevro da vincoli, ma deve essere bilanciato con il funzionamento del mercato interno.

Non era tuttavia la prima volta che il giudice comunitario affrontava il rapporto tra libertà economiche e diritti fondamentali: risulta quindi utile richiamare in tale contesto, seppur sommariamente, la giurisprudenza in materia, al fine di evidenziare come la Corte di giustizia, nelle ipotesi di contrasto con le libertà di circolazione, abbia adottato un approccio maggiormente protettivo in favore dei diritti fondamentali della persona, rispetto ai casi previamente oggetto di disamina ove il bilanciamento doveva essere operato con i diritti sociali (**Sezione I**).

Si potrebbe anche ammettere che la ragione del rapporto sbilanciato nella conciliazione giurisprudenziale tra diritti sociali e libertà economiche sia parzialmente da ricercarsi nel diverso peso attribuito nel diritto primario alle politiche sociali rispetto alla creazione di un mercato comune dei fattori produttivi. Indubbiamente, perlomeno nella fase costitutiva della Comunità, la realizzazione di una zona di libero scambio rappresentava l'elemento fondativo su cui si basava l'intero processo europeo di integrazione. Il rapporto gerarchico tra diritti sociali e libertà di circolazione andrebbe tuttavia oggi rivisto alla luce del riposizionamento delle finalità comunitarie attuato con l'adozione del Trattato di Lisbona che ha indubbiamente posto l'accento sulla rilevanza della dimensione sociale dell'azione dell'Unione (**Sezione II**).

Il nuovo quadro giuridico introdotto con l'adozione del nuovo Trattato, come suggerito da taluni avvocati generali che non condividevano l'impostazione della Corte di giustizia nella giurisprudenza previamente analizzata, impone quindi un ripensamento del bilanciamento tra mercato e solidarietà che permetta di preservare dagli effetti espansivi di un mercato comune in costante evoluzione gli strumenti di protezione sociale consolidati nelle tradizioni giuslavoristiche degli Stati membri. In tal senso deve intendersi il superamento di un'integrazione meramente negativa tramite l'adozione da parte del legislatore comunitario di talune misure giuridiche che dovrebbero precisare l'applicazione

della direttiva sul distacco e disciplinare l'esercizio delle azioni collettive nel contesto del mercato comune (**Sezione III**).

Sezione I. Libertà di circolazione e diritti fondamentali

I diritti fondamentali sono entrati a far parte del lessico comunitario come principi generali del diritto dell'Unione europea e sono poi stati espressamente riconosciuti ed elencati nella Carta europea dei diritti fondamentali. Tuttavia in una prima fase (§ 1) del processo europeo di integrazione i diritti fondamentali costituivano uno scudo che gli Stati membri potevano opporre all'espansione del mercato comune (c.d. limite esterno); solo successivamente, una volta interiorizzata nell'ordinamento giuridico europeo la tutela dei diritti fondamentali, la Corte ha finito per riconoscere che la protezione di tali diritti possa legittimare una restrizione alle libertà di circolazione (c.d. limite interno)³⁶⁰.

In tale contesto intendiamo evidenziare come nella relazione tra diritti fondamentali e mercato comune vi siano effettivamente state delle ipotesi di conflitto, ma anche inattese alleanze in casi ove il funzionamento del mercato comune ha contribuito al riconoscimento di nuovi diritti fondamentali di derivazione comunitaria ed ove la tutela dei diritti fondamentali ha svolto una funzione sussidiaria rispetto all'esercizio delle libertà di circolazione (§ 2). Diversamente da quanto avvenuto di fatto in relazione ai diritti sociali, la Corte ha sempre riconosciuto il carattere fondamentale di diritti e libertà, ricercando una conciliazione di tale complicato rapporto orientata a non intaccare il contenuto del diritto fondamentale ed a non pregiudicare l'effettività della relativa tutela (§ 3). In particolare presenteremo due cause (le sentenze *Schmidberger* ed *Omega*) ove la Corte, seppur con metodi parzialmente differenti, ha attuato un equo bilanciamento alla luce del principio di proporzionalità tra diritti fondamentali radicati nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri e libertà economiche di circolazione su cui si fonda il mercato comune (§ 4).

§ 1. Il ruolo dei diritti fondamentali nel processo europeo di integrazione: da limite esterno all'espansione del diritto comunitario a principio interno che può giustificare una restrizione

Il problema della sensibilizzazione delle strutture comunitarie verso i diritti fondamentali dell'individuo non è nato insieme con il processo d'integrazione, ma si è imposto successivamente alla creazione dell'ordinamento comunitario.

Nel silenzio dei Trattati³⁶¹ fu la Corte di giustizia a giocare un ruolo decisivo, sancendo attraverso

³⁶⁰ Più in generale sulla teoria dei contro-limiti, ovvero il meccanismo di tutela che le Corti costituzionali italiana e tedesca hanno costruito a garanzia dei diritti fondamentali iscritti nelle rispettive costituzioni *ex multis* si rimanda a CARTABIA M., *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Giuffrè, 1995, pp. 95 et ss.; STROZZI G., *Limiti e Controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 23; VILLANI U., *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, ESI, 2008, p. 1297.

³⁶¹ In tal senso HARTLEY T.C., *The foundations of European Law: An introduction to the constitutional and administrative law of the European Union*, Oxford University Press, 2010, p. 143.

una rapida evoluzione giurisprudenziale, iniziata alla fine degli anni '60 e sotto la pressione d'alcune Corti supreme nazionali³⁶² (tra cui quelle italiana e tedesca), il principio che la tutela dei diritti fondamentali faceva parte del patrimonio giuridico della Comunità e che quindi anche le istituzioni dovevano assicurare, sotto il controllo appunto della Corte, il rispetto di quei principi.

Da allora la Corte di Giustizia, sia pure attraverso fasi alterne, si è preoccupata di riconoscere i diritti fondamentali quali garantiti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e dai trattati internazionali, con particolare attenzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come "*principi generali del diritto comunitario*"³⁶³ e come tali vincolanti per l'attività comunitaria nell'esercizio delle relative competenze di attribuzione.

L'ordinamento comunitario nella sua forma istituzionale originaria rappresentava un modello di organizzazione internazionale basato sul metodo funzionalista. Al fine di permettere al sistema di evolversi verso un disegno che prevedeva un grado d'integrazione progressivamente più complesso, le cui sembianze restavano ancora tuttavia indefinite, la Corte di giustizia, mantenendo un approccio costantemente sovranazionale, interpretò in senso estensivo i poteri delle istituzioni comunitarie, così da lentamente sottrarre alla sovranità nazionale degli Stati membri taluni settori per cui i Trattati istitutivi non avevano previsto una delega di competenze nei confronti della Comunità.

La problematica dei diritti fondamentali in ambito comunitario era indubbiamente correlata proprio all'affermazione dell'ordinamento comunitario come sistema giuridico autonomo e alla conseguente deduzione, per via giurisprudenziale, di principi strutturali del sistema stesso, quali il primato del diritto comunitario e l'effetto diretto delle norme dei Trattati istitutivi, rispetto agli ordini giuridici interni degli Stati membri³⁶⁴.

Le Comunità in origine garantivano tuttavia la tutela di taluni diritti accessori esclusivamente nell'interesse di agevolare la completa attuazione delle quattro libertà su cui si fondava l'instaurazione di un mercato comune all'interno del territorio europeo. All'alba del processo d'integrazione comunitario, la protezione di taluni diritti fondamentali, quali il divieto di discriminazioni fondate sulla cittadinanza, la parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici e più in generale gli altri diritti accessori alle libertà di circolazione, era intesa come strumentale al raggiungimento degli scopi fissati dai Trattati istitutivi ed in particolare alla realizzazione del

³⁶² In generale sulla collaborazione dialettica ed il prezioso coordinamento istituzionalizzatosi tra giudici comunitari e corti nazionali nella comune opera di graduale emersione dei diritti fondamentali nel campo d'applicazione del diritto comunitario, si veda, TIZZANO A., *La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales*, in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 1/2006, pp. 9-21.

³⁶³ CGUE, sentenza 17 dicembre 1970, C 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

³⁶⁴ Proprio nel fissare i cardini del proprio sistema istituzionale, nella sentenza del 1963 resa nel celebre caso *Van Gend en Loos*, la Corte affermò per la prima volta che l'ordinamento giuridico comunitario riconosceva come soggetti non soltanto gli Stati, ma anche i singoli individui e pertanto, "*nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi*" (CGUE, sentenza 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*), premessa necessaria per qualificare una frazione delle libertà individuali come diritti fondamentali della persona umana.

mercato unico. Di conseguenza il soggetto destinatario di tali diritti non era da considerarsi l'essere umano in quanto tale, ma quale "soggetto del mercato"³⁶⁵, in qualità di produttore o consumatore di quei beni, servizi o capitali che l'ordinamento comunitario si proponeva di far circolare liberamente nel territorio dei propri Stati membri.

Allo stesso tempo emerse la consapevolezza che la disciplina comunitaria, comportando effetti diretti sul diritto "domestico" degli Stati membri, potesse incidere sulle situazioni giuridiche di singoli individui e ledere talune delle loro essenziali prerogative. Si prospettava dunque altresì la necessità che l'attribuzione di competenze operata tramite i Trattati da parte degli Stati membri verso un'organizzazione sovranazionale non comportasse il conferimento di un'immunità di fatto degli atti comunitari per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali. In tal senso, la protezione dei diritti fondamentali, più che rappresentare un elemento fondante del processo di integrazione, in tale fase costituiva un limite esterno opposto dagli Stati membri all'espansione del diritto comunitario ed in particolare all'effettivo esplicarsi delle libertà economiche di circolazione.

Il dinamismo della Corte di giustizia nell'elaborazione di una nozione di diritti fondamentali, valida nel campo di applicazione del diritto comunitario, fu certamente stimolato dalle riserve riguardo al primato dell'ordinamento sovranazionale opposte da parte di talune supreme corti nazionali a tutela dei principi essenziali e dei diritti fondamentali garantiti dalle rispettive costituzioni³⁶⁶. Tale atteggiamento difensivo dell'autonomia nazionale produsse in ambito comunitario il timore che in mancanza di previsioni normative in materia di diritti fondamentali i singoli Stati membri potessero essere indotti a sindacare, alla luce della propria Costituzione, la conformità del diritto comunitario ed a opporsi alla sua applicazione nei rispettivi ordinamenti giuridici interni, in caso di contrasto con i valori fondamentali di riferimento del proprio sistema istituzionale³⁶⁷.

In tale ottica, nell'inerzia delle istituzioni comunitarie, fu la Corte di Giustizia, svolgendo un ruolo suppletivo, ad impegnarsi per la progressiva emersione dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario, al fine di assicurare indirettamente il buon funzionamento del mercato comune³⁶⁸.

In una prima fase la Corte, limitando la propria competenza esclusivamente all'interpretazione dei

³⁶⁵ In tal senso Si veda il contributo di M. GAGLIARDI, *La tutela dei diritti fondamentali nella Comunità europea. Analisi di un processo sospeso tra rischi di aporie e nuove aperture*, Rivista della Corte dei Conti, 2002, marzo, appendice n. 2, pp. 368-369.

³⁶⁶ La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana aveva sottoposto l'applicabilità nel proprio ordine interno del diritto comunitario, valutato alla stregua di una fonte esterna, alla condizione del rispetto dei principi essenziali dell'ordinamento costituzionale dello Stato e dei diritti inalienabili della persona umana (v. sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*; sentenza del 8 giugno 1984, n. 179, *Granital*; sentenza del 21 aprile 1989, n. 232, *Fragd*). A sua volta il tribunale costituzionale tedesco aveva subordinato il primato del diritto comunitario rispetto al sistema giuridico nazionale ad un adeguato livello di tutela dei diritti umani garantiti dalla Legge fondamentale (v. sentenza del 29 marzo 1974, *Solange I*, BverfGE, 37).

³⁶⁷ V. BENOIT-ROHMER F., *Les droits de l'homme dans l'Union européenne: de Rome a Nice*, in ROSSI L.S., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2002, p. 22.

³⁶⁸ V. MENGOLZI P., *La tutela dei diritti umani nella giurisprudenza comunitaria*, in ROSSI L.S., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2002, p. 47.

Trattati istitutivi, non fu in grado di apportare sostanziali avanzamenti alla protezione dei diritti umani. Nell'ambito dei primi ricorsi intentati da soggetti che lamentavano la violazione da parte di un atto comunitario di un diritto fondamentale o di un principio generale garantito dalla propria Costituzione nazionale, la Corte di giustizia declinò la propria giurisdizione, degradando tali cause a questioni meramente di diritto interno non rientranti nel campo di applicazione del diritto comunitario, quale circoscritto dai Trattati istitutivi³⁶⁹. In seguito il giudice comunitario, prendendo coscienza della portata "costituzionalizzante" dell'argomento, limitatamente all'ambito applicativo del diritto comunitario ha avocato a sé la funzione di garante dei diritti fondamentali, favorendone la graduale evoluzione tramite una serie di decisioni creative ed innovatrici. Tale giurisprudenza ha sostanzialmente interiorizzato la protezione dei diritti fondamentali, facendone un limite interno, un'eccezione nuova e diversa rispetto a quelle previste dai Trattati, che, in sintonia con la dottrina degli ostacoli e con la progressiva affermazione dei motivi imperativi di interesse generale, giustificava il bilanciamento tra diritti e libertà. A partire da tale giurisprudenza la Corte affermò per la prima volta che i diritti fondamentali della persona facevano parte dei principi generali dell'ordinamento comunitario di cui la Corte stessa si riservava la competenza di garantire l'osservanza³⁷⁰. Tramite tale affermazione i diritti fondamentali hanno assunto un rango perlomeno equivalente alle norme del Trattato così da assurgere a parametro della legalità degli atti comunitari e da orientare altresì l'interpretazione delle stesse norme del Trattato fornita dal giudice comunitario.

Di conseguenza, la Corte di Giustizia fu progressivamente investita di ricorsi in via pregiudiziale ed in annullamento relativamente a questioni che denotavano intenzioni spesso opposte: si trattava infatti, da un lato, di ricorrenti che cercavano la protezione dell'ordinamento sovranazionale contro il proprio ordinamento interno nei casi di implementazione o di violazione del diritto comunitario da parte dei rispettivi Stati membri³⁷¹, e dall'altro di soggetti o autorità nazionali che invocavano il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dal proprio sistema giuridico nazionale per evitare l'applicazione del diritto comunitario³⁷². Al riguardo non deve dimenticarsi che i diritti fondamentali possono essere invocati solo nel caso ove la misura controversa rientri nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione europea. In particolare, la necessità di bilanciare diritti e libertà non si pone, infatti, in tutti quei casi meramente interni privi di un carattere transfrontaliero o in controversie relative ad attività classificate ai sensi del diritto europeo come non economiche e quindi escluse dalla disciplina europea in materia di libera circolazione dei servizi.

³⁶⁹ CGUE, sentenza del 4 febbraio 1959, C-1/58, *Friedrich Stork and Co. c. L'Alta Autorità della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*; sentenza del 15 luglio 1960, cause riunite C- 36-37-38-40/59, *Uffici di vendita della Ruhr*; sentenza del 1° aprile 1965, C-40/64, *Avv. Marcello Sgarlata e altri c. Commissione della CEE*.

³⁷⁰ CGUE, sentenza del 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*.

³⁷¹ CGUE, sentenza del 22 novembre 2005, C-144/00, *Mangold*.

³⁷² In tal senso cfr. le sentenze *Laval*, *Schmidberger*, *Omega*, cit.

§ 2. La complessa relazione tra diritti fondamentali e mercato interno: ipotesi di conflitto ed inattese alleanze

La mutevole funzione attribuita alla tutela dei diritti fondamentali, da mero limite esterno all'espansione dell'ordinamento comunitario a principio interno del diritto UE meritevole di tutela e quindi capace di giustificare una restrizione alle libertà di circolazione, ha indubbiamente accentuato e legittimato la tendenza delle autorità nazionali ad invocare i diritti fondamentali al fine di evitare l'adempimento delle obbligazioni loro incombenti in virtù della partecipazione al progresso di integrazione comunitario³⁷³.

Stati membri e soggetti privati hanno così rapidamente imparato a ricorrere ai diritti fondamentali al fine di fondare l'ammissibilità di un ostacolo al mercato comune, come già avveniva per le eccezioni previste dal Trattato e per i motivi imperativi di interesse generale. In tal senso la libertà di espressione e di manifestazione del pensiero, la libertà di riunione, il diritto di sciopero e di contrattazione collettiva, la dignità umana, hanno finito per costituire motivi legittimi per giustificare una misura interna a prima vista incompatibile con l'ordinamento giuridico comunitario. La Corte di giustizia ha quindi a sua volta riconosciuto espressamente che la tutela dei diritti fondamentali rientra a pieno titolo nelle ragioni che permettono di limitare la tendenza espansiva delle regole del mercato interno. Non risulta del tutto chiaro dalla giurisprudenza comunitaria se i diritti fondamentali debbano essere considerati come un'eccezione derivante dal Trattato³⁷⁴ o se rientrino nella categoria aperta dei motivi imperativi di interesse generale³⁷⁵ o se ancora costituiscano un'autonoma ragione che può giustificare una misura restrittiva³⁷⁶. La rilevanza di tale categorizzazione non è meramente dottrinale ad astratta, ma risulta particolarmente rilevante nel caso ove la protezione di un diritto fondamentale sia attuata tramite una misura direttamente discriminatoria che, ai sensi dell'*acquis communautaire*, può essere giustificata solo ricorrendo alle eccezioni previste dal Trattato e non meramente invocando un diffuso interesse generale³⁷⁷.

³⁷³ Sulla sconfinata giurisprudenza in merito a tale complicata relazione tra diritti e libertà si rimanda in modo non esaustivo a MORIJIN J., *Balancing fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution*, in *European Law Journal*, 12 (2006), 15-40; ALEMANN A., *A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 4(2004), pp. 709-51.

³⁷⁴ Nella sentenza *Omega*, cit., la Corte si è direttamente riferita all'ordine pubblico, facendo apparentemente rientrare la tutela della dignità umana in tale eccezione prevista dal Trattato.

³⁷⁵ In tal senso nelle sentenze *Laval* e *Viking*, cit., la Corte ha ritenuto che la protezione dei lavoratori rientri tra i motivi imperativi di interesse generale ed ha dunque fondato la giustificazione dell'ostacolo alla libera circolazione su un criterio di ragionevolezza piuttosto che basarla direttamente sulla necessità di proteggere un diritto fondamentale, quale quello di sciopero e di contrattazione collettiva.

³⁷⁶ Così nella sentenza *Schmidberger*, cit., ove la Corte è sembrata considerare che la tutela dei diritti fondamentali costituisca una categoria autonoma che può fondare un'eccezione alle regole del mercato.

³⁷⁷ In questo senso DE VRIES S.A., *The Protection of Fundamental Rights within Europe's Internal Market after Lisbon – An Endeavour for More Harmony*, in DE VRIES S.A., BERNITZ U., WEATHERILL S., *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Hart Publishing 2013, p. 38, considera che, in virtù del ruolo attribuito

I diritti fondamentali non necessariamente costituiscono un ostacolo sistematico alle libertà economiche, ma possono talvolta rivelarsi funzionali alle esigenze del mercato e favorire l'esercizio delle libertà di circolazione, sia sostenendo da un lato la rimozione delle barriere al commercio tramite la limitazione delle possibilità di invocare le eccezioni alla libera circolazione³⁷⁸, sia promuovendo, dall'altro, la protezione dei diritti accessori degli agenti economici transfrontalieri ed altresì del diritto alla circolazione dei cittadini non economicamente attivi³⁷⁹. In tal modo l'esercizio di taluni diritti fondamentali può rivelarsi essenziale al fine di permettere ai cittadini comunitari di usufruire efficacemente delle libertà di circolazione garantite dai Trattati, che in assenza di taluni diritti accessori e strumentali, rischierebbero di rimanere prive di effetto utile. Il consolidarsi in ambito europeo di un sistema di valori comuni e di diritti insopprimibili dell'individuo non può che promuovere l'esercizio delle libertà di circolazione, garantendo ai cittadini comunitari, ovunque si spostino nel mercato interno, il godimento di determinati standard minimi di tutela in materia di diritti fondamentali della persona.

Nel medesimo senso occorre ricordare che l'applicazione delle libertà di circolazione ha spesso altresì dato origine ad un arricchimento delle posizioni soggettive dal punto di vista delle tutele sociali, contribuendo alla creazione di nuovi diritti prima sconosciuti al panorama giuridico europeo, quale, in materia di tutela della salute, il diritto attribuito ai cittadini comunitari di accedere a cure sanitarie in senso transfrontaliero in uno Stato membro diverso da quello di origine³⁸⁰. In particolare la capacità della Corte di giustizia di tutelare situazioni giuridiche soggettive non coperte da una normativa specifica, meramente applicando determinati principi generali del diritto dell'Unione, ha in tal caso permesso di consolidare un nuovo diritto dei cittadini

ai diritti fondamentali nel diritto primario, quale principio generale dell'ordinamento comunitario, la Corte dovrebbe attribuire ai diritti fondamentali una posizione autonoma, quale motivo che giustifica di per sé una misura restrittiva, anche discriminatoria, senza ricorrere alle eccezioni previste dal Trattato.

³⁷⁸ CGUE, sentenza del 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT*, p. 43-45, ove la Corte ha considerato che uno Stato membro può addurre motivi di interesse generale al fine di giustificare una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera prestazione dei servizi solo qualora tale misura sia conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto. In tal caso si era esplicitamente affermato che i motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica che gli Stati membri possono invocare per giustificare una restrizione alla libera circolazione “*devono essere valutate alla luce del principio generale della libertà di espressione sancito dall'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*” (p. 45).

³⁷⁹ CGUE, sentenza dell'11 luglio 2002, C-60/00, *Carpenter*, p. 41-42. ove il giudice comunitario si è riferito alla tutela della vita familiare dei cittadini comunitari al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio effettivo delle libertà di circolazione. In tal senso è stato sostenuto che “*la separazione dei coniugi Carpenter nuocerebbe alla loro vita familiare e, conseguentemente, alle condizioni di esercizio di una libertà fondamentale da parte del sig. Carpenter. Infatti, tale libertà non potrebbe esplicare pienamente i suoi effetti se il sig. Carpenter fosse dissuaso dall'esercitarla a causa degli ostacoli frapposti, nel suo Paese di origine, all'ingresso e al soggiorno di sua moglie*” (p. 39).

³⁸⁰ Tale approccio che coniuga, da un lato coordinamento dei sistemi previdenziali e competenze nazionali, e dall'altro, integrazione negativa ed armonizzazione del mercato interno, è stato dapprima sviluppato nella giurisprudenza della Corte di giustizia (recentemente CGUE, sentenza del 5 ottobre 2010, C-173/09, *Elchinov*) ed in seguito codificato nella direttiva 2011/24 UE sui diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera (Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, in GU L 88/45, 4.4.2011).

dell'Unione a ricevere trattamenti sanitari efficienti, di qualità e tempestivi³⁸¹.

Inoltre, in termini più generali, la protezione dei diritti fondamentali, costituendo una pietra angolare del processo europeo di integrazione e trovando una base comune nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri, contribuisce a rafforzare la fiducia tra Stati e quindi indirettamente finisce per promuovere il principio del mutuo riconoscimento tra autorità nazionali che rappresenta il principale motore del mercato interno³⁸². Gli Stati membri di destinazione di un prodotto non potrebbero ad esempio invocare la tutela di un diritto fondamentale quale motivo che giustifica una legittima restrizione alla libera circolazione di una merce, quando nello Stato membro di produzione, ove tale medesimo prodotto è validamente commercializzato, esistono già di per sé degli standard di protezione comparabili a quelli vigenti nel Paese membro ospitante³⁸³. In un certo senso quindi la comune adesione degli Stati membri ad un sistema di valori comparabili nell'ambito del quale sono protetti in forma simile i medesimi diritti, rende indubbiamente più difficile per le autorità nazionali invocare la tutela di un diritto fondamentale ormai comunitarizzato al fine di giustificare restrizioni alla libera circolazione³⁸⁴.

Un siffatto ragionamento non può tuttavia essere trasposto a situazioni ove gli standard di tutela tra Paese membro ospitante e Paese membro di origine risultano essere totalmente disequilibrati: paradigmatici al riguardo i casi esaminati relativi al conflitto tra libertà di circolazione e diritti sociali nell'ambito di attività di servizi transfrontalieri tra Stati membri aventi dei rilevanti differenziali di costo del lavoro e dei diversi livelli di protezione sociale. In tal caso la diversa percezione della natura e della portata di un diritto fondamentale nei diversi Paesi membri, torna ad essere un limite alle libertà di circolazione e non uno strumento per rafforzarne l'efficacia³⁸⁵,

³⁸¹ In tale senso KACZOROWSKA A., *A review of the Creation by the European Court of Justice of the right to an effective and speedy medical treatment and its outcomes*, in *European Law Review*, 12-2006, p. 346 ove l'Autrice attribuisce all'articolo 35 della Carta un ruolo fondamentale nell'ispirare le istituzioni europee "to develop and embroider a new right to effective and speedy medical treatment".

³⁸² Sulla relazione ambivalente tra diritti fondamentali e libertà di circolazione, sfociante talvolta in inattese alleanze e talaltra in aperti conflitti cfr. BAILLEUX A., *Fundamental rights as sources of trust and voices of distrust in the European internal market*, in LIANOS I-ODUDU O., *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO: Trust, Distrust and Economic Integration*, Cambridge, 2012, p. 401 e ss. Secondo l'autore "by setting a common floor of core values, adherence to fundamental rights is used to support the mutual recognition principle that lie at the heart of Common market".

³⁸³ V. in tal senso CGUE, sentenza del 14 febbraio 2008, C-244/06, *Dynamic Media*, ove l'impresa operante in senso transfrontaliero invocava la sostanziale equivalenza della normativa in materia di protezione di diritti del fanciullo tra Regno Unito e Germania al fine di poter commercializzare senza restrizione i propri prodotti in quest'ultimo Paese. Tuttavia di fatto la Corte di Giustizia non ha seguito tale impostazione, ritenendo che la proporzionalità di una restrizione debba essere valutata meramente in relazione allo scopo singolarmente perseguito ed al livello di protezione che lo Stato membro interessato intende garantire, indipendentemente dalla diversità delle modalità di protezione del medesimo diritto esistenti sul territorio comunitario.

³⁸⁴ In tal senso GROUSSOT X.-PETURSSON G.T., *Balancing as a judicial Methodology of EU Constitutional Adjudication*, in DE VRIES S.A., BERNITZ U., WEATHERILL S., *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, op. cit., pp. 49, ove si evidenzia come "it is only in areas where EU law already clearly identifies a common level of protection of the legitimate interest under consideration that the Court should apply the test more strictly".

³⁸⁵ Si è altresì sostenuto tuttavia che "while successfully justifying restrictions to the free movement, fundamental rights indirectly foster mutual trust and economic integration by setting the ground for the establishment of a genuinely common market, premised on shared constitutional standards" (BAILLEUX A., op. cit., p. 412).

favorendo la sfiducia tra Stati membri e la diffidenza nei confronti di sistemi di protezione sociale diversi dal proprio. In senso parzialmente opposto, la Corte ha tuttavia talvolta riconosciuto la facoltà degli Stati membri ospitanti di invocare la diversità del proprio sistema di valori e la tutela di peculiari diritti fondamentali (in particolare il pluralismo linguistico³⁸⁶ e la dignità umana³⁸⁷), quali motivi imperativi di interesse generale che possono legittimamente giustificare una restrizione alla libera prestazione dei servizi.

Il diverso approccio adottato dalla Corte di giustizia deriva certamente anche dalla natura dei diritti fondamentali oggetto di bilanciamento con le libertà di circolazione. Nelle cause *Viking* e *Laval* il contrasto tra diritti sociali fondamentali di natura collettiva e libertà economiche di circolazione appare sostanzialmente immane e permanente, essendo legato al conflitto tra lavoro e capitale, e l'ostacolo opposto alla libera circolazione tramite l'esercizio del diritto di sciopero sembrava strumentalmente indirizzato proprio ad impedire l'effettivo godimento delle libertà economiche garantite dai Trattati, disconoscendo in via preliminare ogni istanza volta a garantire il mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali. Diversamente nei casi relativi alla tutela dei diritti fondamentali di carattere più prettamente individuale, quali la dignità umana ed il diritto all'informazione, la tutela di tali valori costituiva espressione di talune peculiarità nazionali che potevano legittimamente differire tra Stati membri.

Tale soluzione non pare tuttavia del tutto soddisfacente ove non permette di tenere conto delle diverse modalità organizzative che possono altresì sussistere tra Stati membri nella tutela dei lavoratori. Pur trattandosi di un diritto comune a tutti gli Stati membri, diverse possono essere le relative modalità di fruizione dello stesso in ambito nazionale. In particolare nel caso *Laval* la Corte di giustizia pare non aver compiutamente tenuto conto della peculiarità del sistema di protezione sociale esistente in Svezia e della necessità di preservarne le caratteristiche, concentrando la propria attenzione meramente sugli effetti protezionistici della relativa legislazione giuslavoristica e sulla diffidenza ed il pregiudizio dimostrato dai lavoratori locali nei confronti della manodopera distaccata da un altro Stato membro.

Ugualmente, ai termini della sentenza *Viking*, lo scopo perseguito tramite l'azione sindacale è ritenuto meritevole di tutela solo ove effettivamente persegua la finalità di preservare l'identità sociale di un mercato nazionale del lavoro e di difendere le condizioni salariali della manodopera

³⁸⁶ V. in tal senso CGUE, sentenza del 13 dicembre 2007, C-250/06, *United Pan-Europe*, in merito ad una misura del Regno del Belgio, ritenuta giustificata dal giudice comunitario, che imponeva anche alle emittenti straniere interessate a trasmettere sul territorio di Bruxelles l'obbligo di garantire alla popolazione bilingue di tale regione di ricevere informazioni locali nel proprio idioma. In tal caso la società del Paese di origine doveva adattare la propria programmazione al Paese ospitante in virtù della necessità di salvaguardare taluni valori peculiari a tale Stato membro, quali il pluralismo linguistico.

³⁸⁷ Nella sentenza *Omega*, cit., la Corte di giustizia ha accordato alla Repubblica di Germania di riconoscere una particolare ed autonoma dimensione alla tutela della dignità umana, riconoscendo che i motivi che possono giustificare una restrizione alla libertà di circolazione possono legittimamente variare da uno Stato membro all'altro, anche in virtù della diversa portata e natura dei diritti fondamentali ivi garantiti.

ivi impiegata, e non invece quando l'esercizio dello sciopero sia meramente guidato da una *cieca* ed irragionevole sfiducia (“*blind distrust*”³⁸⁸) nei confronti degli standard di protezione sociale esistenti in un altro Paese membro.

In tal senso pare di comprendere che la Corte di giustizia garantisca una tutela rafforzata ai diritti fondamentali invocati dagli Stati membri ove siano indirizzati a proteggere l'identità di uno Stato membro, a preservarne le peculiarità ed a garantire valori non meramente commerciali ed economici di fronte alla tendenza espansiva ed omogeneizzante delle dinamiche del mercato interno. Di seguito ci soffermeremo in particolare sui casi ove i diritti fondamentali sono stati invocati come giustificazione ad una restrizione delle libertà di circolazione.

§ 3. Il carattere fondamentale di diritti e libertà: alla ricerca di una conciliazione non gerarchica

Il contrasto tra libertà economiche di circolazione e diritti fondamentali andrebbe inteso come un conflitto tra due principi “costituzionali” aventi entrambi natura fondamentale³⁸⁹.

Da un lato le quattro libertà di circolazione dei fattori produttivi nel mercato interno sono abitualmente denominate dalla stessa Corte di giustizia come libertà *fondamentali*³⁹⁰ e tale carattere è del resto sostanzialmente rinvenibile altresì dalla funzione cardinale e costituzionalizzante da esse svolta nel processo europeo di integrazione e dall'esteso ambito applicativo loro accordato. In tal senso le stesse libertà fondamentali di circolazione, rendendo effettivo il diritto all'iniziativa economica privata, quale iscritto nelle costituzioni nazionali, ed il diritto ad esercitare una professione o un commercio, quale garantito dall'articolo 16 della Carta, finiscono per rappresentare a loro volta l'espressione della tutela di un diritto fondamentale³⁹¹. Non bisogna infine dimenticare che i diritti accessori alle libertà di circolazione, che ne rendono effettivo l'utilizzo, quali il diritto alla parità di trattamento, il diritto di spostamento e di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di provenienza, il diritto al ricongiungimento familiare, trascendono una dimensione meramente economica, tutelando esigenze fondamentali dell'individuo. Il relativo carattere fondamentale non ha tuttavia impedito al legislatore, tramite le eccezioni previste dal Trattato, ed alla Corte di giustizia, tramite la tutela dell'interesse generale, di giustificare restrizioni all'esercizio

³⁸⁸ BAILLEUX A., *Fundamental rights as sources of trust and voices of distrust in the European internal market*, op. cit. p. 410.

³⁸⁹ In favore del carattere fondamentale di diritti e libertà v. DE VRIES S. A., op. cit., p. 28.

³⁹⁰ A titolo esemplificativo cfr. sentenze *Omega*, cit., p. 50 e *Schmidberger*, cit., p. 22.

³⁹¹ In tal senso le conclusioni dell'Avvocato Generale *Stix-Hackl* del 18 marzo 2004 nella causa *Omega*, cit.: “*le libertà fondamentali possono – perlomeno sotto certi aspetti – essere senz'altro qualificate anche come diritti fondamentali: in quanto, ad esempio, si risolvano in divieti di discriminazione, esse possono considerarsi come espressioni particolari del principio generale di uguaglianza. Avendo riguardo a ciò, un conflitto normativo che veda contrapposte le libertà fondamentali sancite dal Trattato ai diritti fondamentali e ai diritti umani può, almeno in certi casi, presentarsi come un conflitto tra diritti fondamentali*” (p. 50).

di tali libertà economiche, sancendone quindi il carattere non assoluto.

Dall'altro lato, come illustrato, la Corte di giustizia, accettando le riserve costituzionali di alcuni Stati membri, aveva progressivamente finito per stabilire l'inammissibilità di provvedimenti comunitari incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni nazionali, garantendo in tal modo un limite esterno opponibile dagli Stati membri. Dopo aver successivamente interiorizzato la protezione dei diritti fondamentali nell'alveo dei principi generali dell'orientamento giuridico comunitario, facendone quindi in tal modo un limite interno, la Corte arrivò a precisare che gli stessi diritti fondamentali, lungi dal costituire delle “*prerogative assolute*”³⁹², possano essere soggetti ad opportune limitazioni in vista del raggiungimento degli obiettivi di interesse generale ritenuti prioritari per la costituzione di un'organizzazione comune di mercato³⁹³.

Avendo quindi la Corte di giustizia poi costantemente confermato che i diritti fondamentali non costituivano delle prerogative assolute, ha implicitamente ammesso una limitazione della loro portata sul presupposto che i diritti sacrificati non fossero inderogabili³⁹⁴. La Corte non ha dunque mai dimostrato di riconoscere l'esistenza di un “nocciolo duro” di diritti umani, ignorando in tal modo i propri classici parametri di riferimento normativo cui era solita attingere, *ex* articolo 6 TUE, per precisare la portata dei principi generali del diritto comunitario³⁹⁵. Sia la Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁹⁶, sia le tradizioni costituzionali comuni contemplano la sussistenza di una serie di diritti aventi una valenza normativa superiore e dotati delle caratteristiche d'inderogabilità ed assolutezza. L'esistenza di una gerarchia può ormai dirsi chiaramente emersa anche sul piano del diritto internazionale generale, nel cui ambito si è affermata la presenza di un insieme di diritti essenziali della persona umana che si considerano oggetto di norme generali cogenti³⁹⁷.

³⁹² Il giudice comunitario ha recentemente ritenuto che restrizioni anche incisive dei diritti fondamentali dell'individuo possano giustificarsi per la necessità di proteggere interessi fondamentali della comunità internazionale, quali ad esempio la pace e la sicurezza (cfr. CGUE, sentenza del 30 luglio 1996, C-84/95, *Bosphorus Hava Yollari turizm ve ticaret AS contro Minister for Transport, Energy and Communication e altri*).

³⁹³ CGUE, sentenza del 14 maggio 1974, C-4/73, *NOLD*.

³⁹⁴ Diversamente, nelle conclusioni presentate nella causa *Omega*, cit., l'Avvocato Generale *Stix-Hackl* ha considerato che “*varrebbe senz'altro la pena di chiedersi se, in considerazione del carattere fondamentale dei beni giuridici generalmente tutelati dai diritti fondamentali e dai diritti umani, nonché dell'immagine che la Comunità ha di se stessa come comunità fondata sul rispetto di tali diritti, e soprattutto alla luce dell'esigenza, per la sensibilità odierna, di un obbligo primario di tutela dei diritti umani come presupposto di legittimità di qualsiasi entità statale, possa accordarsi ai diritti fondamentali ed umani in genere una certa superiorità gerarchica nei confronti del diritto primario "generale"*” (punto 50).

³⁹⁵ Si noti tra l'altro che l'articolo 53 CEDF vieta l'abbassamento della soglia di tutela dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario, al di sotto dello standard minimo fissato dal diritto internazionale generale, dalle convenzioni cui abbiano partecipato gli Stati membri e dalle costituzioni nazionali.

³⁹⁶ La stessa Carta europea dei diritti fondamentali, nelle sue clausole “orizzontali” di coordinamento con il sistema di protezione giurisdizionale convenzionale, prevede che i diritti in essa contenuti, corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, siano dotati della stessa portata normativa e sottoposti agli stessi limiti giuridici stabiliti dalla Convenzione (articolo 52,3).

³⁹⁷ Si rammenta che il giudice comunitario ha tra l'altro stabilito che lo *ius cogens*, pur nel silenzio dei Trattati faccia parte dell'ordinamento comunitario e costituisca una fonte di norme vincolanti per le sue istituzioni ed un parametro di legalità degli atti di normazione derivata (v. CGUE, sentenza della Corte del 16 giugno 1998, C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*). In un ulteriore e più recente sentenza il giudice comunitario ha quindi statuito

Ne deriva quindi che nel rapporto tra diritti e libertà non pare esistere, e risulterebbe altresì altamente complicato dedurre, una gerarchia valida a priori. Risulta tuttavia innegabile che nell'ordinamento giuridico comunitario le libertà fondamentali, tutelate dai principi dell'effetto diretto e del primato, trovano prioritaria applicazione. Di conseguenza, chi invoca la tutela di un diritto fondamentale deve giustificare la ragione che legittima una restrizione alla libera circolazione nel mercato interno. L'onere della prova risulta quindi invertito davanti alla Corte di giustizia, rispetto a quanto avvenga di fronte al giudice di Strasburgo ove chi invoca un diritto economico deve invece giustificare i motivi che possono rendere ammissibile la limitazione di un diritto umano³⁹⁸. Tale inversione non deve tuttavia stupire, riflettendo la diversa funzione delle due organizzazioni regionali: il Consiglio d'Europa meramente finalizzato alla protezione dei diritti umani e l'Unione europea costituita con l'obiettivo di creare una integrazione tra Stati membri e popolazioni europee usando il mercato come strumento di coesione.

Tuttavia, ove la Corte di giustizia si limiti a far rientrare la protezione dei diritti fondamentali nell'ambito dei motivi imperativi di interesse generale, senza riconoscere che tali principi generali del diritto UE possano giustificare di per sé una restrizione del mercato, si finisce per sottoporre l'esercizio al test di ragionevolezza e proporzionalità, come accade per ogni altro ostacolo alla libera circolazione. Risulta, infatti, evidente la tendenza della Corte a bilanciare diritti fondamentali e libertà economiche utilizzando il medesimo approccio adottato nella propria giurisprudenza tradizionale relativa al generico contemperamento tra mercato e pubblico interesse. In tal senso non si può negare che le libertà fondamentali sembrano assumere un carattere sovraordinato considerate le cautele apportate ad una loro possibile limitazione, sebbene derivante dall'esercizio di un diritto umano dell'individuo. Quando la Corte approccia un possibile conflitto tra diritti e libertà pare, infatti, automaticamente orientata a valutare se la restrizione alla libera circolazione possa essere giustificata, considerando la tutela dei diritti fondamentali come una deroga al mercato³⁹⁹, senza

che i diritti fondamentali che rientrano nell'ambito dello *jus cogens* (fonte esterna e sovraordinata al diritto comunitario), quali regole supreme ed inviolabili del diritto internazionale generale, s'impongono imperativamente ed inderogabilmente nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento internazionale (CGUE, sentenza del 21 settembre 2005, cause riunite T-306/01 e T-315/01, *Kadi*). Con tale decisione il giudice comunitario, pur giustificando la violazione dei diritti fondamentali dei ricorrenti con l'esigenza altrettanto essenziale della lotta al terrorismo, ha isolato una parte dei diritti in questione che è stata ritenuta inviolabile, in quanto imperativamente protetta dal diritto internazionale cogente.

³⁹⁸ In tal senso ROCCA M., *The Proposal for a (so-called) 'Monti II' Regulation on the Exercise of the Right to Take Collective Action within the Context of the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services*, in *European Labour Law Journal*, 3-2012, p. 23, ove si evidenzia il diverso approccio tra i due giudici proprio in relazione al diritto di sciopero: "*the Court of Strasbourg considers the right to take collective action as the starting point assessing the limitation to this right on the basis of Article 11(2) ECHR. On the other, the judges of Luxembourg interpret the (fundamental) right to strike as limitation of the fundamental freedoms*". Nel medesimo senso ORLANDINI G., *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona*, 2012, Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa, www.europeanrights.eu, ove si sottolinea che "*la Corte di Strasburgo prospetta un bilanciamento che muove da un ottica opposta rispetto a quella della Corte di giustizia, dal momento che per la prima lo sciopero è il diritto da tutelare mentre per la seconda un limite ad un'altrui libertà, da giustificare*".

³⁹⁹ In tal senso chiaramente la sentenza *Schmidberger*, cit. p. 70 e ss.

minimamente affrontare la questione in termini contrari valutando invece se l'esercizio di una libertà economica possa o meno eccezionalmente derogare al contenuto ed alla portata di un diritto fondamentale⁴⁰⁰.

Di fatto la Corte, risentendo ancora dell'influenza dell'approccio funzionalista, ha spesso adottato due pesi e due misure, allorché si trattasse di condannare norme statali che non rispettavano le libertà fondamentali comunitarie, strumentali alla realizzazione del mercato comune⁴⁰¹, rispetto ai casi in cui si doveva invece valutare la legittimità di norme statali che ponevano in essere violazioni dei diritti fondamentali in attuazione del diritto comunitario. Nemmeno l'accoglimento dei principi fissati dalla giurisprudenza nel diritto primario dell'Unione europea, con l'attribuzione ai diritti fondamentali del grado di principi generali del diritto UE, pare aver modificato l'atteggiamento della Corte di giustizia che si è solo dimostrata più attenta ed esplicita nel soppesare gli interessi in gioco. Solo recentemente la Corte si è spinta a sindacare in modo maggiormente esaustivo il rapporto di bilanciamento tra diritti umani e libertà fondamentali protette dall'ordinamento comunitario, superando così una prassi giurisprudenziale che, tramite una confusione terminologica, aveva elevato mere libertà di mercato al grado di diritti individuali della persona.

§ 4. Il bilanciamento in concreto alla luce del test di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria: le sentenze *Schmidberger* ed *Omega*

Conformemente alla dottrina degli ostacoli, la possibilità di operare un bilanciamento tra diritti e libertà prevede che la restrizione di un diritto fondamentale per ritenersi giustificata deve risultare adeguata e proporzionata rispetto allo scopo di interesse generale perseguito e non deve comportare la lesione della natura e della sostanza del diritto stesso. Si noti come la Corte, nel fissare tali condizioni giustificative, dimostri immediatamente la propria attitudine ad integrare l'interpretazione dei diritti fondamentali con le fonti privilegiate a cui aveva promesso d'ispirarsi nell'elaborazione dei "principi generali" del diritto comunitario: convenzioni internazionali in materia di protezione dei diritti umani e tradizioni costituzionali comuni. Le clausole di proporzionalità ed adeguatezza rispetto al fine perseguito riprendono infatti direttamente due disposizioni della CEDU (articoli 8 e 11), mentre il criterio posto a garanzia del contenuto essenziale del diritto (nozione tra l'altro mai del tutto chiarita dal giudice comunitario) sembra

⁴⁰⁰ Tale soluzione inversa è stata proposta, senza essere accolta dalla Corte, nelle conclusioni presentate nella causa *Omega*, cit., ove l'Avvocato Generale *Stix-Hackl* ha ritenuto che "Occorre invece verificare in che misura i diritti fondamentali in questione ammettano limitazioni. Le disposizioni relative alla libertà fondamentale in questione, in particolare le fattispecie che comportano eccezioni a tali libertà, vanno dunque interpretate quanto più possibile nel senso di non consentire alcun provvedimento che ecceda i limiti di un intervento lecito sui diritti fondamentali in questione e di non permettere quindi alcuna misura che non si concili con i diritti fondamentali" (p. 53).

⁴⁰¹ In termini generali sull'approccio giurisprudenziale al rapporto tra libertà e diritti si rimanda al contributo di BAILLEUX A., *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Brussels, Fusl-Bruylant, 2009.

riecheggiare la Legge fondamentale tedesca (articolo 19,2 *Grundgesetz*). In particolare la portata del test di proporzionalità tra l'ostacolo introdotto ed il raggiungimento della finalità perseguita tramite la restrizione al mercato dipende sostanzialmente dalla portata dell'interesse generale che giustifica l'eccezione alla libera circolazione e dallo strumento legislativo impiegato dalle autorità nazionali per porre in essere la limitazione⁴⁰².

Di seguito ci soffermeremo in particolare su due casi paradigmatici ove i diritti fondamentali sono stati invocati come giustificazione ad una restrizione delle libertà di circolazione.

Nel caso *Schmidberger*, una dimostrazione di ambientalisti, sostanzialmente autorizzata dal governo austriaco, bloccando la circolazione stradale, aveva ostacolato la libera circolazione dei beni. La Corte di giustizia, chiamata a sindacare se il governo austriaco fosse venuto meno agli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario, aveva evidenziato che, né tale libertà economica, né la libertà d'espressione o il diritto di riunirsi pacificamente (tutelati rispettivamente dagli articoli 10 ed 11 CEDU), rivestono carattere assoluto, potendo al contrario essere soggetti a restrizioni. Nonostante il principio del primato, che garantisce l'effetto utile delle libertà sancite nei Trattati, tali libertà non possono prevalere a priori, ma devono piuttosto essere bilanciate con i diritti fondamentali, che a loro volta costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario. Nella ricerca di un equo contemperamento tra gli interessi contrapposti, secondo la Corte di giustizia, le autorità nazionali godevano di un ampio margine discrezionale. Nel caso di specie, il conferimento di un'autorizzazione a manifestare, il carattere limitato geograficamente e temporalmente della protesta, la finalità perseguita - non meramente indirizzata ad ostacolare il mercato interno - e l'adozione di misure amministrative per mitigare gli effetti del blocco stradale hanno portato il giudice comunitario a ritenere che la restrizione alla libera circolazione dei beni fosse da ritenersi proporzionata alla luce della necessità di tutelare il diritto alla libera manifestazione del pensiero.

Affrontando il problema di tale conciliazione si è dunque riconosciuto che i diritti fondamentali possono, in via generale, incidere sul godimento delle libertà fondamentali. La Corte, pur non constatando che il diritto alla libera manifestazione del pensiero costituisca una prerogativa assoluta, pare aver indirettamente ammesso la possibilità di garantire una protezione differenziata a taluni diritti fondamentali che rappresentano, in teoria, posizioni soggettive non limitabili⁴⁰³.

Nel contesto di tale giudizio la Corte ha dunque ammesso la legittimità di una restrizione alla libera circolazione delle merci, giustificandola sulla base non delle eccezioni previste dai Trattati, né delle

⁴⁰² In questo senso cfr. DE VRIES S. A., op. cit, p. 27.

⁴⁰³ In tal senso il giudice comunitario pare aver fatto propria la distinzione tra diritti derogabili e diritti assoluti, allineando parzialmente la propria giurisprudenza agli standard di protezione previsti dalla Convenzione europea e dalle tradizioni costituzionali comuni, che prevedono la possibilità di salvaguardare da ogni restrizione, pur giustificata, un nocciolo duro di diritti inviolabili della persona umana. Per un'analisi approfondita della questione si veda il contributo di TANCREDI A., *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006/3, pp. 644-692.

classiche esigenze imperative di interesse pubblico, ma sulla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario. La portata innovatrice della sentenza venne presto tuttavia in parte smorzata dalla successiva sentenza *Omega* nell'ambito della quale, pur in presenza di un diritto fondamentale, il giudice comunitario preferì fondare la deroga alla libera prestazione di servizi sulla clausola dell'ordine pubblico.

Nei fatti di causa alla base della sentenza *Omega*, la polizia di una regione tedesca ordinò la proibizione di un *Laser Game* consistente nel simulare uccisioni di esseri umani, considerando che tale attività costituisse un pericolo per l'ordine pubblico e fosse contraria ai valori fondamentali della collettività. La società *Omega* riteneva che tale divieto dovesse ritenersi incompatibile con il diritto comunitario, in quanto le impediva di ricevere i servizi offerti da un operatore economico stabilito nel Regno Unito che forniva la tecnologia necessaria per sviluppare il gioco. Il giudice comunitario investito della questione, riconosciuto il carattere restrittivo della misura interna in questione, ha tuttavia ritenuto che l'ostacolo all'esercizio della libera prestazione dei servizi potesse ritenersi giustificato alla luce della necessità di proteggere la dignità umana quale accolta nell'ordinamento giuridico tedesco. La Corte di giustizia ha quindi in tal modo esplicitamente avallato la sussistenza di disparità nelle tradizioni nazionali degli Stati membri in ordine alle modalità di protezione dei diritti fondamentali. La Corte ha infatti ritenuto che il carattere necessario e proporzionato della misura adottata a livello nazionale non potesse escludersi meramente in virtù del fatto che uno Stato membro avesse preferito un sistema di tutela dei diritti fondamentali diverso da quello previsto in altro Stato membro. In pratica non risulta necessario che gli Stati membri abbiano obbligatoriamente una concezione condivisa delle modalità di tutela dei diritti fondamentali e della diversa portata ed estensione degli stessi. La Corte ne ha quindi dedotto che nel caso di specie il livello di protezione adottato, proibendo la pratica di suddetto gioco, corrispondeva adeguatamente al livello di protezione della dignità umana che la Costituzione tedesca intendeva garantire nel territorio della Repubblica Federale di Germania. Stranamente tuttavia la Corte, da un punto di vista formale, rinnegando l'approccio adottato nella causa *Schmidberger*, giustificò la restrizione alla libera circolazione non sulla base della necessità di proteggere i diritti fondamentali, ma in senso più tradizionalista ricorrendo all'eccezione dell'ordine pubblico quale accolta nel Trattato.

Nella ricerca di un bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali era stato apparentemente riconosciuto in tali cause un ampio margine discrezionale agli Stati membri che potevano definire il livello di tutela che il proprio sistema giuridico intendeva concedere alla protezione della dignità umana (*Omega*) o alla difesa della libertà di espressione e di riunione (*Schmidberger*). In particolare nella sentenza *Omega* il giudice comunitario non solo ha limitato il giudizio di proporzionalità alla sola dimensione relativa all'idoneità della misura restrittiva, ma ha

altresì assunto un approccio stato-centrico⁴⁰⁴, adattando il proprio scrutinio alla peculiarità della nozione di dignità umana esistente nell'ordinamento giuridico tedesco.

Tale posizione è perfettamente esemplificativa della deferenza mostrata dal giudice comunitario nel confrontarsi con materie particolarmente sensibili del diritto interno che esprimono il nucleo di valori condivisi su cui fonda il patto sociale tra Stato e collettività. In tal senso deve spiegarsi l'approccio flessibile adottato nelle suddette cause in merito all'applicazione del test di proporzionalità, permettendo in tal modo alle autorità nazionali di invocare, in nome del pluralismo, uno standard di tutela caratteristico del proprio sistema costituzionale, senza invece imporre una nozione comunitarizzata e condivisa delle modalità di protezione dei diritti fondamentali.

La Corte sembra invece, nelle sentenze relative al bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali previamente esaminate (in particolare le cause *Viking* e *Laval*), ribaltare tale ragionamento logico ove afferma che l'esercizio dei diritti fondamentali non possa esulare dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato, dovendo essere conciliato con altre libertà sancite dal diritto primario, tramite un bilanciamento dei diversi interessi sottesi in modo conforme al principio di proporzionalità. Manca del tutto nell'approccio giurisdizionale ai diritti sociali fondamentali una valutazione delle tradizioni giuridiche nazionali e dei diversi livelli di protezione dei diritti fondamentali esistenti negli Stati membri⁴⁰⁵, oltre ad essere altresì vistosamente limitato il potere discrezionale delle autorità interne nel contemperamento degli interessi contrapposti. Così nei casi *Viking* e *Laval* l'esercizio del diritto di sciopero doveva non solo costituire l'ultima risorsa disponibile, ma doveva altresì effettivamente perseguire la protezione dei lavoratori, così da escludere ogni potenziale tentativo protezionistico di tutelare il mercato del lavoro nazionale e le condizioni di impiego ivi previste.

Tale diverso approccio pare derivare dal fatto che la Corte sembra più ben disposta a concedere una tutela rafforzata a quei diritti (di carattere individuale) che sono fondati su valutazioni di carattere etico o morale (la dignità umana) o che rappresentano un elemento cardine del sistema democratico e costituzionale degli Stati membro (la libertà d'espressione), rispetto invece a quei diritti (a fruizione collettiva) che si basano su considerazioni di carattere economico o sociale⁴⁰⁶ (il diritto d'azione sindacale ed il diritto alla contrattazione collettiva). Inoltre non va altresì dimenticato che, mentre, nei casi relativi alla libertà di manifestazione del pensiero ed alla tutela della dignità umana l'effetto restrittivo derivava da un intervento della pubblica autorità (rispettivamente l'autorizzazione a bloccare la libera circolazione nel caso *Schmidberger* ed il divieto di esercitare un'attività di servizi nel caso *Omega*), diversamente nelle decisioni *Laval* e *Viking* l'ostacolo al mercato comune proveniva dall'intervento autonomo di soggetti privati (le organizzazioni sindacali).

⁴⁰⁴ DE VRIES S. A., op. cit., p. 38.

⁴⁰⁵ BARNARD C., *The substantive Law of the EU: the Four Freedoms*, Oxford University Press, 2010, p. 258.

⁴⁰⁶ MALMBERG J.-SIGEMAN T., op. cit., p. 1130.

Da quanto illustrato se ne deduce che, in relazione ai diritti sociali, l'innegabile diversità tra libertà e diritti fondamentali ha raggiunto un carattere sostanzialmente antitetico, finendo per esacerbare l'approccio sbilanciato adottato dal giudice comunitario nella relazione tra mercato e solidarietà, rispetto alla posizione maggiormente pluralista espressa nel bilanciamento con diritti di natura etica o morale. Probabilmente non compete alla Corte di giustizia porsi come garante in via principale di un equo temperamento della tensione esistente tra mercato e solidarietà, spettando invece al legislatore, soprattutto in una fase di grave crisi economica, bilanciare gli effetti di tale conflitto nell'ordinamento giuridico comunitario.

Sezione II. Il bilanciamento tra mercato interno e politica sociale nel diritto primario

Non costituisce oggetto di tale ricerca tracciare un quadro esauriente del ruolo riservato alle politiche di solidarietà nel processo europeo di integrazione, né tanto meno può essere questa la sede adatta per delineare le origini ed il progressivo sviluppo di un modello sociale europeo. Ci limiteremo invece a ripercorrere brevemente l'evoluzione della dimensione sociale nella costituzionalizzazione del diritto primario meramente al fine di evidenziare il ruolo sostanzialmente sussidiario attribuito alle politiche sociali rispetto alla realizzazione di un mercato comune (§ 1).

In tale contesto l'adozione del Trattato di Lisbona pare marcare una nuova fase nel rapporto tra mercato e solidarietà, enunciando espressamente una serie di finalità di natura sociale che devono caratterizzare l'azione comunitaria ed introducendo nuovi strumenti giuridici che indubbiamente rafforzano il ruolo dei diritti sociali nella costituzione materiale dell'Unione europea (§ 2). Risulta quindi necessario comprendere se, in seguito all'adozione del Trattato di Lisbona ed al nuovo sistema di valori che ne deriva, non sia necessario ripensare l'approccio comunitario al rapporto tra diritti sociali e libertà economiche al fine di adeguare il bilanciamento al nuovo temperamento tra gli obiettivi dell'Unione europea risultante dal diritto primario (§ 3).

§ 1. La dimensione sociale delle competenze comunitarie: dalla “frigidità” al modello sociale europeo

L'interesse delle istituzioni comunitarie verso le questioni sociali⁴⁰⁷ si è sviluppato solo in un secondo momento, essendo all'origine il progetto di costruzione europea tendenzialmente finalizzato, in un'ottica di liberalizzazione dei mercati, alla eliminazione delle barriere interne al commercio ed alla creazione di una zona di libero scambio tramite l'integrazione delle economie nazionali⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Non rappresenta questo il luogo idoneo per una completa ed esaustiva trattazione in merito al ruolo ed ai profili della politica sociale nel processo di integrazione europea. Ci limiteremo in questa sede a definire sommariamente quei tratti distintivi del modello sociale europeo che rappresentano l'espressione della ricerca di un compromesso tra le esigenze di solidarietà ed i requisiti del mercato.

⁴⁰⁸ La stessa denominazione originaria della Comunità Economica Europea rivelava "*the predominantly economic profile of the Community during the first decades of its existence*" (LORCHER K., *Social Competences*, in BRUUN N.- LORCHER K.-SCHOMANN I., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 166). Secondo l'autore si possono distinguere tre diverse concezioni delle competenze sociali nell'ordinamento giuridico comunitario: secondo un primo approccio, corrispondente alla fase originaria del processo di integrazione, le competenze sociali sono subordinate alle esigenze della creazione di un mercato comune e fuoriescono dall'ambito operativo del diritto comunitario; nella fase attuale di aggiornamento dei Trattati si può ritenere che le competenze sociali possano parzialmente controbilanciare in termini paritari le conseguenze negative sul piano sociale del funzionamento del mercato comune; in base, infine, ad un terza prospettiva futuribile, le competenze sociali dovrebbero svolgere un ruolo costituzionalizzante quali fondamenta del modello sociale europeo.

La tradizionale *frigidità sociale*⁴⁰⁹ delle fonti istitutive delle Comunità si spiegava proprio alla luce dell'approccio funzionalista, tramite cui s'intendeva creare, come emerge dai Trattati originari, un'unione doganale e monetaria ed un'integrazione economica, quali strumenti per poi sviluppare in una seconda fase una successiva integrazione politica e sociale⁴¹⁰. In tale ottica l'articolo 2 TCE, non riproposto dal Trattato di Lisbona, definendo gli obiettivi della Comunità, confermava come la promozione di “*un elevato livello di occupazione e di protezione sociale*” dovesse realizzarsi tramite l'instaurazione di un mercato comune. Tale approccio gradualista e la strumentalità tra mezzi economici e fini sociali, non risulta tuttora smentito dall'attuale articolo 151 TFUE (*ex* articolo 136 TCE) ove si ribadisce come una “*protezione sociale adeguata*” possa derivare “*sia dal funzionamento del mercato interno, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dai Trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative*”⁴¹¹.

Indizi di un futuro sviluppo in senso solidale del processo di integrazione e taluni primi elementi, seppur embrionali, del modello sociale europeo potevano essere rinvenuti anche nei Trattati originari: le disposizioni in materia di previdenza sociale, i diritti accessori alle libertà di circolazione, le prestazioni assistenziali per i lavoratori migranti, il principio di non discriminazione, la parità di trattamento salariale tra i sessi. Risulta evidente che si trattava tuttavia di previsioni sostanzialmente finalizzate a garantire l'efficace esercizio delle libertà economiche nel mercato interno, piuttosto che ad assicurare di per sé la tutela di quei diritti sociali iscritti nelle tradizioni giuridiche degli Stati membri⁴¹².

Solo successivamente, con l'adozione dei Trattati di Maastricht e di Amsterdam sono state attribuite competenze più incisive all'Unione europea in materia sociale. Tuttavia, la debolezza di basi giuridiche in ambito sociale impediva alle istituzioni europee di legiferare in materia, permettendo in sostanza alle Comunità esclusivamente un intervento sussidiario ed indiretto a complemento e coordinamento delle politiche autonomamente esercitate dagli Stati membri⁴¹³.

⁴⁰⁹ Nella dottrina anglofona in senso analogo si parla anche di “*Partial mutism*” dell'ordinamento giuridico comunitario nella disciplina delle politiche sociali (F. DORSSEMONT, *op. cit.*, p. 52).

⁴¹⁰ CRAIG P., *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform*, OUP, 2011, p. 288, ove si sottolinea come all'epoca della redazione del Trattato di Roma “*social dumping was not perceived as a serious threat, and the Member states were reluctant to transfer power in the sensitive areas dealt with by national social policy*”.

⁴¹¹ Certa dottrina ha sostenuto che dal contenuto di tale norma se ne potrebbe implicitamente dedurre che l'azione in campo sociale “*sia una semplice risultante delle scelte che si operano nel contesto di altre politiche*” (CISOTTA R., *Commento all'articolo 9 TFUE*, in GIALDINO C., *Codice dell'Unione europea operativo*, Simone, 2012, p. 461, secondo il quale il testo attuale dell'articolo 151 TFUE, ereditato dalle precedenti versioni dei Trattati potrebbe non essere più in linea con la clausola sociale orizzontale *ex* articolo 9 TFUE).

⁴¹² Nel medesimo senso CRAIG P., *op. cit.*, p. 289, ove si afferma: “*Social welfare was therefore addressed primarily as an adjunct of the creation of a common market*”.

⁴¹³ Si rammenta al riguardo che la politica sociale, esclusivamente in riferimento alle materie elencate nei Trattati, è una competenza concorrente che l'Unione europea condivide con gli Stati membri (articolo 4.2, lettera b, TFUE). Ai sensi dell'articolo 157 TFUE “*l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri*” in una serie di materie attinenti la politica sociale (miglioramento dell'ambiente di lavoro; condizioni di lavoro; sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori; protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro; informazione e consultazione dei lavoratori; rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei

Esplicativo in tal senso è l'articolo 151 TFUE (ex articolo 136 TCE) inserito nel titolo dedicato alla politica sociale ove vengono definiti taluni obiettivi principali e menzionate quale fonti di ispirazione la Carta sociale europea e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori⁴¹⁴. Ai sensi di tale disposizione l'Unione europea ed i suoi Stati membri devono tenere conto della diversità dei sistemi nazionali di protezione sociale, guardando al contempo all'obiettivo comune di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione. Tale articolo, prima ancora dell'introduzione della nozione di economia sociale di mercato operata dal Trattato di Lisbona, rappresenta una generica sintesi dei due poli che l'Unione europea deve saper contemperare nell'esercizio delle proprie competenze. Evitare quindi un mero livellamento dei sistemi sociali nazionali, ma stimolare piuttosto una convergenza degli stessi ispirata ad elevati standard di protezione e contemporaneamente di competitività.

La scelta adottata dai padri fondatori fu quella di separare la costruzione di un mercato comune dalla creazione di una corrispondente sfera sovranazionale nell'ambito della quale attuare le politiche di solidarietà, di giustizia sociale e di redistribuzione⁴¹⁵. A tal fine furono previste due binari separati: da un lato un'integrazione economica gestita a livello comunitario e fondata sul riconoscimento della libertà di circolazione dei fattori produttivi e sulla promozione di una concorrenza non falsata tra imprese; dall'altro le politiche di protezione sociale ed i profili di *welfare* riservati alla competenza regolativa degli Stati membri, affidando quindi indirettamente alle autorità nazionali il compito di comporre il modello sociale europeo e la dimensione solidale del mercato interno in base alle rispettive tradizioni giuridiche. Questo iniziale equilibrio tra profili economici e sociali del mercato interno si fondava su una ripartizione di poteri e di competenze tra due diversi ordinamenti giuridici finalizzati a servire interessi distinti e portatori di un differente sistema di valori⁴¹⁶.

Tal equilibrio resse sostanzialmente fino a quando la tendenza espansiva del mercato interno, la progressiva liberalizzazione delle attività di servizi, la sempre più stringente disciplina comunitaria

datori di lavoro; condizioni di impiego dei cittadini dei Paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione; integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro; parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro; lotta contro l'esclusione sociale; modernizzazione dei regimi di protezione sociale).

⁴¹⁴ Tali documenti, anche se menzionati espressamente dall'articolo 151 TFUE come le fonti che dovrebbero ispirare l'esercizio delle competenze comunitarie nella sfera sociale, non hanno alcun valore vincolante. Per un approfondimento in materia cfr. SILVIA S.J., *The Social Charter of the European Community: A Defeat for European Labor*, in *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 44, No. 4, 1991, pp. 626-643.

⁴¹⁵ KLOSSE S., op. cit., p. 182.

⁴¹⁶ In questo senso anche DEAKIN S., *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy*, op. cit., p. 22, ove si afferma: "the decision to leave competence in social policy mostly in the hands of the Member States, was presented in structural terms as a part of the integration process". Nel medesimo senso si evidenzia come lo stesso *Rapporto Ohlin* commissionato dall'Organizzazione Internazionale del lavoro avesse considerato che la protezione dei sistemi nazionali di protezione sociale dovesse funzionare da contrappeso rispetto agli spostamenti transfrontalieri che il mercato comune avrebbe generato (cfr. *Social Aspects of European Economic Co-operation, Report by a Group of Experts*, ILO, Geneva 1956).

in materia di aiuti di Stato, di pubblici servizi e di appalti pubblici, il consolidamento dell'integrazione economica e monetaria ed un esercizio sempre più massivo delle libertà di circolazione non iniziarono ad infiltrare l'ambito sociale ed ad intaccare l'autonomia degli Stati membri nel disciplinare i rispettivi sistemi di welfare⁴¹⁷. In aggiunta l'approccio comunitario fondato sulla ricerca della competitività e su un rigido controllo dei bilanci spingeva gli Stati membri a ridurre la spesa pubblica nell'economia, a diminuire i servizi sociali in favore di politiche di liberalizzazione, ad abbassare i costi del lavoro ed a ridurre i meccanismi di protezione sociale per facilitare la libera circolazione delle imprese ed attrarre capitali ed investimenti. Tale tendenza, accentuatasi anche in seguito all'allargamento ad est dei confini del mercato comune, è chiaramente foriera di quei fenomeni di *dumping sociale* e di *regulatory competition* analizzati che spingono gli Stati membri a gareggiare nell'abbassamento delle proprie difese sociali ed inducono le imprese a spostarsi esclusivamente per guadagnare un vantaggio competitivo⁴¹⁸. Nello stesso senso è evidente che il passaggio nella giurisprudenza comunitaria da un approccio di tutela delle libertà economiche di circolazione fondato sulle discriminazioni ad uno basato sulle restrizioni e sull'accesso al mercato, ha a sua volta rafforzato l'effetto espansivo del mercato comune nell'ambito regolativo delle politiche sociali nazionali⁴¹⁹.

Le novità progressivamente adottate in materia sociale ed in particolare l'introduzione del Metodo Aperto di Coordinamento⁴²⁰ paiono, almeno parzialmente, contraddire la cieca fiducia riposta dai padri fondatori nel mercato come strumento auto-regolatore che avrebbe dovuto accrescere il benessere dei cittadini, favorendo in particolare l'armonizzazione dei sistemi sociali e ponendo le basi per lo sviluppo di una integrazione politica e sociale. La mera convergenza tra mercati, in assenza di un coordinamento dei sistemi interni di protezione sociale, di una concreta

⁴¹⁷ DORSSEMONT F., op. cit., p. 52, ove si afferma che la sovranità nazionali nella sfera sociale “*is inevitably curtailed wherever the social policy pursued by the Member States conflicts with the economic principles of the common market*”.

⁴¹⁸ KLOSSE S., op. cit., p. 183.

⁴¹⁹ BARNARD C., *A Proportionate Response to Proportionality in the Field of Collective Action*, *European Law Review*, (2012) 37, pp. 118-119.

⁴²⁰ Il Metodo Aperto di coordinamento è un meccanismo di soft law pensato per promuovere la dimensione sociale del mercato interno e nello specifico per temperare il rischio di un livellamento verso il basso delle tutele sociali. La peculiarità di tale metodo è di rappresentare un intervento comunitario nell'ambito di competenze riservate agli Stati membri in materia sociale che si concretizza nella definizione di un quadro di obiettivi comuni che dovrebbero orientare le politiche sociali ed occupazionali perseguite dalle autorità nazionali. Nonostante il Metodo Aperto di Coordinamento funzioni su base sostanzialmente volontaria, l'autonomia degli Stati membri nell'organizzazione del proprio sistema di *welfare* risulta di fatto pregiudicata considerato come le suddette politiche che il Metodo Aperto di Coordinamento si propone di coordinare svolgono un ruolo essenziale nel raggiungimento degli obiettivi finanziari imposti dal Patto di stabilità. In tal senso esercitare pressione sugli Stati membri per l'adozione di determinate politiche sociali al fine di adempiere ai requisiti imposti dal patto di stabilità pare in sostanza subordinare le suddette politiche ad obiettivi di carattere economico-finanziario. Per un approfondimento cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 2 luglio 2008, *Un rinnovato impegno a favore dell'Europa sociale: rafforzamento del metodo di coordinamento aperto per la protezione sociale e l'integrazione sociale* (COM(2008) 418 def). In dottrina si rimanda altresì a DEL GATTO S., *Il metodo aperto di coordinamento: amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, Jovene, Napoli, 2012.

armonizzazione (verso l'alto) delle legislazioni nazionali e dell'adozione di strumenti di riequilibrio tendenti a garantire la giustizia sociale, non risulta essere di per sé sufficiente a garantire i diritti sociali fondamentali.

La mera integrazione negativa risultante dalla dibattuta giurisprudenza comunitaria oggetto della nostra analisi non pare aver saputo fornire una risposta adeguata all'espansione delle regole del mercato nella sfera sociale⁴²¹. Si rende quindi necessario un intervento di diritto positivo che permetta al legislatore comunitario di fissare standard comuni di protezione sociale a livello europeo, eliminando alla radice ogni rischio di competizione al ribasso tra ordinamenti nazionali. In ragione tuttavia delle tuttora evidenti differenze socioeconomiche tra Stati membri, in particolare per quanto riguarda i differenziali nel costo del lavoro, e della conseguente impossibilità di raggiungere un compromesso sul contenuto armonizzato del livello minimo di garanzie da assicurare a livello sovranazionale, un'alternativa potrebbe consistere nel combinare il Metodo Aperto di Coordinamento (uno strumento di *soft law*) con una direttiva quadro. Tale strumento di diritto derivato, lasciando ampia autonomia alle autorità nazionali nella sua attuazione dovrebbe permettere di stabilire una tutela minima delle condizioni di impiego e di occupazione, tenendo conto dei diversi regimi di *welfare* e dei diversi istituti di diritto del lavoro esistenti nelle tradizioni giuridico costituzionali degli Stati membri⁴²².

§ 2. L'anima sociale del Trattato di Lisbona tra novità sostanziali e dichiarazioni formali

Il Trattato di Lisbona, riprendendo quasi integralmente le modifiche al diritto primario apportate dal non ratificato progetto di Costituzione europea, propone un nuovo quadro giuridico di riferimento che, oltre a comprendere un'inedita ed aggiornata organizzazione istituzionale, include anche rilevanti disposizioni che sembrano accentuare l'impronta sociale del processo europeo di integrazione. Si analizzeranno di seguito le principali novità in materia di solidarietà introdotte dal nuovo Trattato al fine di comprendere se effettivamente possa dedursi da tali disposizioni un riposizionamento dell'asse comunitario in favore delle istanze di natura sociale o se al contrario, come sostenuto da autorevole dottrina, si tratti di modifiche più cosmetiche che sostanziali⁴²³.

Le preoccupazioni relative alla necessità di combinare lo sviluppo economico con un'unione tra i popoli europei fondata su valori comuni⁴²⁴ sono culminate (articolo 6 TUE) nell'adesione

⁴²¹ Le sentenze nelle cause *Viking* e *Laval* hanno infatti esplicitamente evidenziato il rigetto del compromesso raggiunto dai Trattati originari tra un'integrazione economica affidata alla sfera sovranazionale e gli strumenti di protezione sociale e di diritto del lavoro attribuiti alla competenza degli Stati membri (così DEAKIN S., *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy*, op. cit., p. 24).

⁴²² KLOSSE S., op. cit., p. 191.

⁴²³ BERCUSSON B., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, ERA Forum, 1-2009, p. 98.

⁴²⁴ Ai sensi del preambolo della Carta europea dei diritti fondamentali "L'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l'Unione si basa sui principi di democrazia e

dell'Unione europea alla CEDU e nel carattere vincolante attribuito alla Carta europea dei diritti fondamentali (a), nell'inclusione nel Trattato di valori (articolo 2 TUE) e finalità di natura solidale (articolo 3.3 TUE) che dovrebbero contribuire alla realizzazione di un'economia sociale di mercato (b) e nella previsione di una clausola sociale orizzontale (articolo 9 TFUE) che impone alle istituzioni di valutare l'impatto sociale d'ogni politica comunitaria (c).

Nello stesso senso si pongono ulteriori innovazioni contenute nel Trattato di Lisbona che, seppur non oggetto di un'analisi specifica nell'ambito della nostra ricerca, meritano comunque di essere menzionate per confermare l'approccio socialmente orientato adottato dal legislatore: un rinnovato accento sul ruolo delle parti sociali⁴²⁵ (articolo 152 TFUE), il rafforzamento in senso trasversale del principio di non discriminazione (articolo 10 TFUE), l'introduzione di una base giuridica comunitaria in materia di servizi di interesse economico generale⁴²⁶ (articolo 14 TFUE) ed il conferimento di un'immunità dalle politiche di concorrenza in favore dei servizi pubblici non economici (Protocollo n. 26).

a) Le novità in materia di protezione dei diritti fondamentali: dalla Carta all'adesione alla CEDU

La Carta europea dei diritti fondamentali, ancora prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, pur non essendo a quel tempo dotata d'efficacia giuridica, stava già di per sé, quale strumento interpretativo, assurgendo progressivamente a fonte di riferimento e di legittimazione dell'attività legislativa e giudiziaria delle istituzioni comunitarie⁴²⁷. Il punto culminante del graduale processo di "costituzionalizzazione" dei diritti fondamentali avrebbe potuto materializzarsi con l'adozione della Costituzione europea, che proponeva di trasferire il testo della Carta direttamente all'interno dei Trattati. Diversamente dal Progetto di Costituzione per l'Europa, il Trattato di Lisbona non contiene la Carta nel proprio testo, ma si limita a rinviare ad essa, stabilendo tuttavia che alla Carta deve essere attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati⁴²⁸.

dello stato di diritto. Essa pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

⁴²⁵ Per un approfondimento sulla questione del dialogo sociale in ambito europeo e della sua evoluzione dopo l'adozione del Trattato di Lisbona si rimanda a VENEZIANI B., *The role of the social partners in the Lisbon Treaty*, in BRUUN N.- LORCHER K.-SCHOMANN I., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

⁴²⁶ Cfr. JACOBS A., *Services of General Interest and the Treaty of Lisbon*, in BRUUN N.- LORCHER K.-SCHOMANN I., op. cit.

⁴²⁷ Per un'analisi esaustiva della graduale opera di valorizzazione della Carta cui hanno partecipato, da un lato, il giudice comunitario, prendendo spunto dalla Carta per riconoscere l'esistenza di un diritto fondamentale e, dall'altro, le istituzioni "legislative", facendo riferimento alla Carta, quale parametro di legalità nell'adozione di un atto, si veda, BARATTA R., *I diritti fondamentali nei recenti atti normativi comunitari*, in Atti del Convegno *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Firenze, 2006.

⁴²⁸ Sul ruolo della Carta nell'ambito del diritto primario si rinvia a KOLLONAY C., LORCHER K., SCHOMANN I., *The Lisbon Treaty and the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in BRUUN N.- LORCHER K.-SCHOMANN I., op. cit.

La novità principale, dal punto di vista delle garanzie materiali, è sicuramente rappresentata proprio dall'attribuzione alla Carta, tramite rinvio recettizio, dello “*stesso valore giuridico dei Trattati*” con l'espresso avvertimento che non potrà estendere il campo d'applicazione del diritto dell'Unione oltre i limiti fissati dai Trattati e che non comporterà l'attribuzione di nuove competenze in capo alle istituzioni comunitarie⁴²⁹ (articolo 6,1 TUE). Tale rinvio alla Carta pare sancire altresì che le disposizioni relative alla libera circolazione e la disciplina del mercato interno, avendo lo stesso valore giuridico della Carta, sono sostanzialmente equiparate, da un punto di vista gerarchico e formale, ai diritti fondamentali. Allo stesso tempo tuttavia la mera attribuzione alla Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati pare altresì decretare definitivamente che i diritti fondamentali in essa contenuta non hanno in alcun modo un valore superiore⁴³⁰, né godono di una tutela rafforzata, rispetto ad altri interessi o finalità perseguiti dall'Unione europea.

In tal senso lo stesso articolo 6 TUE pare operare una distinzione tra i diritti fondamentali riconosciuti nella Carta, che dovrebbero appunto avere lo stesso valore giuridico delle libertà di circolazione, ed i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, che, in quanto principi fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario, dovrebbero forse avere uno status giuridico privilegiato ed orientare coerentemente l'interpretazione del diritto primario. A parere di chi scrive risulta tuttavia del tutto irragionevole e peraltro contrario alla giurisprudenza della Corte di Giustizia non attribuire agli stessi diritti fondamentali garantiti dalla Carta il grado di principi generali dell'ordinamento giuridico comunitario⁴³¹.

In merito al carattere vincolante assunto dalla Carta dei diritti fondamentali bisognerà comprendere se la catalogazione dei diritti in un documento che contiene un'elencazione definita e formalizzata

⁴²⁹ Si noti che Regno Unito e Polonia tramite un protocollo *ad hoc* (n. 7) hanno esercitato il potere di *opting out* per restringere gli effetti giuridici della Carta nei rispettivi ordini interni, prevedendo che i diritti fondamentali da essa sanciti non possano fungere da parametro di legittimità della propria legislazione nazionale, né davanti alla Corte di giustizia, né ai giudici nazionali. Si dispone inoltre che le libertà riconosciute in materia di solidarietà sociale non creano diritti azionabili davanti ad alcuna autorità giurisdizionale nei confronti di Polonia e Regno Unito, a meno che tali due Stati dispongano di misure analoghe nei rispettivi ordinamenti. Tale disposizione del protocollo, espressamente aggiunta per fugare ogni dubbio sembra in realtà crearne, in quanto non si comprende se detta specificazione serva a limitare l'*opting out* esclusivamente al campo dei diritti sociali o se non si tratti semplicemente di una clausola di stile, avente una portata meramente simbolica, che non fa altro che “appesantire” il dettato normativo (v. ROSSI L.S., *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 13 dicembre 2007).

⁴³⁰ Si è evidenziato al riguardo che nel progetto di Costituzione per l'Europa il riconoscimento dei diritti fondamentali (parte II) precedesse la disciplina delle libertà economiche (parte III), riconoscendo di fatto una sorta di posizione gerarchicamente sovraordinata alla tutela dei diritti umani (BERCUSSON B., op. cit., p. 92). Risalta quindi maggiormente l'approccio diverso nei confronti della Carta da parte del Trattato di Lisbona: la simbolica esclusione della Carta dal testo del Trattato pare, infatti, rispondere alla volontà di mascherare la sostanziale identità tra i due Trattati, tramite un rinvio recettizio ad un documento esterno che potrebbe far passare in secondo piano tale innovazione avente una portata chiaramente costituzionalistica.

⁴³¹ In tal senso nelle stesse sentenze relative al conflitto tra diritti sociali e libertà economiche si è esplicitamente ritenuto che il diritto di sciopero, quale tutelato dalla Carta costituisce un diritto fondamentale che forma parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza (*Viking*, cit., p. 44; *Laval*, cit., p. 91). Ugualmente BERCUSSON B., op. cit., p. 94, sottolinea come la Corte si sia in effetti costantemente riferita alla Carta come un ulteriore criterio che in materia di diritti fondamentali integra i principi generali del diritto UE, quali derivanti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni.

delle fattispecie giuridiche tutelabili potrà in qualche modo limitare il margine discrezionale concesso alla Corte di giustizia nel rilevare i principi generali del diritto comunitario o se al contrario la Corte potrà continuare a fondarsi sulla propria giurisprudenza al fine di interpretare o estendere i diritti sanciti nella Carta. Un'ulteriore questione che si pone è se la Carta rappresenti la mera codificazione di diritti già esistenti, non aggiungendo nulla alla giurisprudenza precedente, o se al contrario si tratti di uno strumento autonomo che introduce diritti del tutto nuovi e sconosciuti al panorama giuridico comunitario. Sebbene in talune sentenze il giudice comunitario abbia giustificato il proprio ragionamento appoggiandosi alla Carta⁴³², la Corte ha sempre più spesso dimostrato la tendenza a costruire le proprie decisioni su fondamenta giuridiche diverse in base alla convenienza, spesso relegando la Carta ad un ruolo sussidiario rispetto ad altri rimedi presenti nei Trattati e nel diritto derivato⁴³³. Non bisogna tuttavia dimenticare che in taluni casi la Carta ha già svolto un ruolo essenziale, permettendo alla Corte di giustizia di riconoscere un nuovo motivo imperativo di interesse generale partendo da un diritto fondamentale contenuto nel catalogo⁴³⁴.

L'attribuzione di un carattere vincolante alla Carta costituisce sicuramente uno dei profili più innovativi del Trattato di Lisbona in termini di conseguenze del nuovo quadro giuridico comunitario sul modello sociale europeo e sulla protezione del diritto del lavoro. Si ricorda, infatti, brevemente e senza pretese di esaustività, che la Carta riconosce anche taluni diritti sociali fondamentali (v. in particolare il Titolo III dedicato all'Eguaglianza e il titolo IV dedicato alla Solidarietà che prevede in particolare all'articolo 28 CEDF il diritto di sciopero e di contrattazione collettiva, ma anche indirettamente lo stesso Titolo V sulla Cittadinanza). Tali diritti sociali fondamentali elencati dalla Carta possono quindi oggi assurgere al grado di principi generali dell'ordinamento giuridico dell'UE e possono di conseguenza fungere da parametro interpretativo e di legittimità dell'intera azione

⁴³² CGUE, sentenza del 10 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, p. 22 ove la Carta era stata citata per dare un ruolo di rinforzo agli elementi costitutivi del principio di non discriminazione. Ulteriormente il giudice comunitario ha avuto recentemente modo di precisare che il principio di eguaglianza, seppur espresso tramite uno strumento di diritto derivato, “è uno dei principi generali del diritto dell’Unione, riconosciuto all’articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea” (CGUE, sentenza del 12 maggio 2011, C-391/09, *Runevic*, p. 43).

⁴³³ In questo senso vedasi CGUE, sentenza del 1 marzo 2011, C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, p. 32, ove si è valutata una deroga al divieto di discriminazioni non solo alla luce “dell’obiettivo della parità di trattamento tra donne e uomini perseguito dalla direttiva 2004/113”, ma anche tramite il parametro di legittimità dei principi sanciti dagli “articoli 21 e 23 della Carta”. Si noti, tuttavia, come in tal caso la Corte sembri far derivare l'applicabilità della Carta dal contenuto di una singola disposizione della direttiva che contiene un richiamo espresso agli articoli 21 e 23 CEDF, piuttosto che da un'operatività in via autonoma del principio generale della parità di trattamento tra uomo e donna, quale sancito nella Carta (p. 17: “Dal momento che il quarto ‘considerando’ della direttiva 2004/113 si riferisce esplicitamente a tali articoli, occorre esaminare la validità dell’articolo 5, n. 2, di tale direttiva alla luce delle citate disposizioni della Carta”). Tale interpretazione pare confermata sia dalla versione inglese della pronuncia (“Since recital 4 to Directive 2004/113 expressly refers to Articles 21 and 23 of the Charter, the validity of Article 5(2) of that directive must be assessed in the light of those provisions”), sia dal testo francese (“Le quatrième considérant de la directive 2004/113 se référant explicitement à ces articles, il convient d’apprécier la validité de l’article 5, paragraphe 2, de cette directive au regard desdites dispositions de la charte”)

⁴³⁴ Nella sentenza *Dynamic Media*, cit., il riferimento all'articolo 24 CEDF ha permesso al giudice comunitario di ritenere giustificata una restrizione alla libera circolazione delle merci alla luce della necessità di protezione dei diritti del bambino.

comunitaria⁴³⁵. Il riconoscimento di un nucleo di diritti sociali ed economici aventi carattere fondamentale in ambito comunitario riconferma la necessità d'evitare ogni gerarchia tra le istanze dell'efficienza economica e le esigenze solidaristiche e di favorire al contrario un equo bilanciamento tra diritti e libertà, così da permettere ai cittadini comunitari di godere dei diritti sanciti nella Carta, tra cui il diritto di sciopero e di contrattazione collettiva *ex* articolo 28 CEDF, quando si trovano in una situazione, quale l'esercizio delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, disciplinata dal diritto dell'Unione⁴³⁶.

Il carattere vincolante attribuito alla Carta non rappresenta tuttavia l'unico avanzamento introdotto dal Trattato di Lisbona in materia di tutela dei diritti fondamentali: in merito alle procedure di controllo giurisdizionale si rammenta brevemente, sul piano esterno, la creazione della base giuridica necessaria (articolo 6,2 TUE) per permettere all'Unione europea di aderire alla CEDU (che si ricorda riconosce al proprio articolo 11 la libertà d'associazione sindacale), e sul piano interno, il perfezionamento delle vie di accesso alla giustizia per gli individui che intendano contestare la legalità di un atto comunitario (articolo 263,4 TFU) al fine di garantire una protezione giurisdizionale effettiva⁴³⁷.

b) La solidarietà tra i valori e gli obiettivi generali dell'UE: la creazione di una “*economia sociale di mercato altamente competitiva*”

L'articolo 3.3 TUE, aggiornando alla realtà globale del nuovo millennio gli obiettivi di un processo di integrazione tra i mercati iniziato nel secolo scorso e proiettando l'Unione europea verso una nuova integrazione tra i popoli europei di carattere politico e sociale, introduce la volontà di stabilire un'economia sociale di mercato altamente competitiva finalizzata al perseguimento del pieno impiego e del progresso sociale. Nel medesimo senso l'articolo 2 TUE, esplicitando l'identità dell'ordinamento giuridico europeo ed adattandola al mutato contesto in cui sono chiamate ad operare le istituzioni comunitarie, fa riferimento ad un insieme di valori sociali che dovrebbero orientare l'azione dell'Unione europea, quali il principio di eguaglianza, la dignità umana, la

⁴³⁵ DEAKIN S., *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy*, op. cit., p. 41, ove si sostiene che, nonostante i diritti economici e d'impresa garantiti dalla Carta possano essere invocati per giustificare l'approccio ritenuto dalla giurisprudenza nelle cause *Laval* e *Viking*, il riconoscimento di una lista di diritti sociali dovrebbe contribuire ad evitare ogni approccio gerarchico tra diritti fondamentali e libertà economiche.

⁴³⁶ In tal senso v. la *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2010) 573 def.

⁴³⁷ Nel medesimo senso si pone il conferimento al giudice comunitario di una giurisdizione completa sulle materie rientranti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, eccezion fatta per le misure d'ordine pubblico e generalmente attinenti alla sicurezza nazionale (articolo 276 TFU). Resta invece esclusa la competenza dei giudici comunitari nell'ambito della PESC, salvo per quanto riguarda la possibilità di valutare se una politica azionata in tale settore possa ledere le altre competenze comunitarie e viceversa (articolo 40 TUE), ed ad eccezione del rilevante potere di controllo, promosso ad iniziativa individuale, sulla legalità delle decisioni europee adottate in campo PESC che possano comportare misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche (articolo 275 TFU).

solidarietà e l'inclusione sociale⁴³⁸. Coerentemente il principio di libera concorrenza risulta, perlomeno formalmente, essere stato degradato da valore comune a mero strumento, ancillare e secondario, che compartecipa e contribuisce al superiore perseguimento di una economia sociale di mercato (cfr. articolo 119 TFUE e Protocollo n. 27).

L'Unione europea mira dunque a creare un mercato interno (articolo 3.3 TUE), ma tale mercato non costituisce di per sé una finalità del processo europeo di integrazione, ma uno strumento, un mezzo che risulta giustificato solo se il fine perseguito è meritevole di tutela. L'obiettivo ultimo non è il mero consolidarsi di una zona di libero scambio altamente competitiva in favore delle imprese, ma la creazione di una economia sociale di mercato che assicuri il progresso e la giustizia sociale.

Al riguardo vale la pena notare che mentre le libertà economiche sono meramente espressione degli obiettivi stabiliti dall'articolo 3 TUE (la creazione di un mercato comune), i diritti fondamentali ed in particolare la solidarietà esplicitano i valori dell'Unione di cui all'articolo 2 TUE. Avendo i valori indubbiamente priorità, almeno a livello simbolico, sugli obiettivi, la Corte di giustizia, nel bilanciamento tra interessi contrastanti, deve saper distinguere tra i valori costituzionali sottostanti alla tutela dei diritti fondamentali e gli obiettivi perseguiti tramite l'esercizio delle libertà di circolazione⁴³⁹.

La finalità della creazione d'una economia sociale di mercato esprime in tal senso un compromesso tra solidarietà e mercato che ha comunque permesso un importante radicamento della dimensione sociale nei Trattati istitutivi⁴⁴⁰. Non si può negare tuttavia che in assenza di una chiara definizione della nozione e di una precisazione delle politiche e delle azioni concretamente necessarie per raggiungere tale compromesso, non risulta tuttora chiaro come affrontare la tensione tra profili economici e sociali del processo di integrazione. Si è evidenziato in tal senso che la questione relativa al perseguimento di una economia sociale di mercato rischia di divenire una fonte di discussione meramente astratta piuttosto che uno strumento di concreto orientamento del bilanciamento tra mercato e solidarietà⁴⁴¹.

Stante la genericità, comunque inevitabile in una dichiarazione di intenti, degli obiettivi e dei valori di carattere solidale di cui si fa portatore il Trattato di Lisbona, resta chiaramente da comprendere come il nuovo quadro giuridico possa favorire la promozione del progresso e della giustizia sociale. In tal senso però il riferimento ad una economia sociale di mercato nel diritto primario, coerentemente con l'ideologia ordoliberal da cui scaturisce la nozione, dovrebbe permettere di

⁴³⁸ Si è in tal senso sostenuto che la creazione di un'economia sociale di mercato e la realizzazione degli altri obiettivi fissati dall'articolo 3 TUE possano essere ritenuti funzionali al perseguimento dei valori stabiliti dall'articolo 2 TUE (DEAKIN S., *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy*, op. cit., p. 39).

⁴³⁹ DORSSEMONT F., op. cit., p. 51.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 49, ove si sostiene che il perseguimento di un'economia sociale di mercato dovrebbe suggerire un equo bilanciamento tra le politiche sociali degli Stati membri e gli obiettivi di competitività del mercato comune.

⁴⁴¹ VETTORI G., *Fundamental and social rights: a discussion between two crisis*, 4-2011, in *European Journal of Social Law*, p. 241.

intendere il modello sociale europeo come un sistema di sviluppo dell'economia condizionata al perseguimento di finalità sociali⁴⁴².

c) La clausola sociale orizzontale

L'articolo 9 TFUE, definito come una *mainstream social clause*⁴⁴³, vincola l'Unione europea a tenere conto “nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni” di una serie di generiche esigenze sociali (la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di una adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale, un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana). Si tratta sostanzialmente delle medesime finalità del processo europeo di integrazione, quale elencate all'articolo 3.3 TUE, che esprimono un insieme di esigenze cui viene direttamente riconosciuto dignità di obiettivi generali dell'UE⁴⁴⁴. Tale clausola sociale contribuisce indubbiamente a definire la costituzione economica dell'Unione⁴⁴⁵, imponendo, coerentemente con la dottrina dell'economia sociale di mercato, la necessità di valutare gli effetti sul piano sociale di ogni politica comune. In tal senso, la portata della disposizione va collocata nella tendenza del diritto primario a vincolare in misura sempre maggiore le istituzioni comunitarie a non lasciarsi guidare dalle sole logiche dell'economia di mercato, ma a prendere in considerazione anche la dimensione sociale delle scelte operate.

Tale clausola, differenziandosi dalle disposizioni contenute nel titolo dedicato alla politica sociale, non attribuisce nuove o ulteriori competenze alle istituzioni, ma si limita ad invitarle a esercitare ogni singola competenza conferita dai Trattati, tenendo in considerazione gli effetti sul piano sociale delle politiche comunitarie. Tuttavia le esigenze di natura sociale elencate dall'articolo 9 TFUE non risultano limitate alle competenze dell'UE in materia di politica sociale, ma investono altresì settori di competenza esclusiva o concorrente (quali le azioni a sostegno dell'occupazione), stimolando in tal modo le istituzioni comunitarie ad orientare le proprie politiche in modo conforme alle finalità sociali perseguite a livello nazionale, ogni qualvolta l'intervento comunitario possa produrre effetti che travalicano il confine delle competenze dell'Unione.

In tal senso l'effetto che ne deriva è di garantire che l'equilibrio su cui si fonda il complesso processo di integrazione nel bilanciamento tra mercato e solidarietà, quale delineato nelle politiche prettamente dedicate alla dimensione sociale, sia sostanzialmente “*esportato e conservato anche in*

⁴⁴² In questo senso si è parlato di “*funzione sociale del mercato*” (RUSSO T., Commento all'articolo 3 TUE, in GIALDINO C., *Codice dell'Unione europea operativo*, Simone, 2012, p. 66).

⁴⁴³ B. BERCUSSON, op. cit. p. 89. Nel medesimo senso BRUUN N.- LORCHER K.-SCHOMANN I., *Introduction*, in BRUUN N.- LORCHER K.-SCHOMANN I., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 4, ove si considera che “*This provision is seen as an expression of the desire to mainstream social policies in all areas of policy*”.

⁴⁴⁴ Si noti tuttavia il diverso approccio ritenuto dall'articolo 3 TUE che pone tra gli obiettivi dell'Unione europea il perseguimento del pieno impiego, e non meramente di un elevato livello di occupazione.

⁴⁴⁵ CISOTTA R., op. cit., p. 459.

*altre aree di intervento dell'UE*⁴⁴⁶.

Particolarmente interessante risulterà al riguardo il ruolo eventualmente svolto dalla Corte di giustizia cui spetterà probabilmente precisare quando un atto delle istituzioni adottato nel contesto di una politica diversa da quella sociale sia in netto contrasto con l'esigenza di cui è espressione l'articolo 9 TFUE e debba quindi, in virtù della mancata valutazione dei suoi effetti sul piano sociale, essere modificato o addirittura, in sede giurisdizionale, annullato. La funzione dell'articolo 9 TFUE dovrebbe infatti consistere in uno strumento d'orientamento dell'azione dell'Unione rivolto non solo al legislatore, imponendogli un'attenta motivazione e giustificazione delle scelte operate, ma anche alla Corte, che a sua volta potrà utilizzarlo nell'interpretazione di singole norme e quale nuovo parametro di legittimità degli atti e dei comportamenti delle istituzioni⁴⁴⁷.

In sintesi la clausola sociale orizzontale ex articolo 9 TFUE non può certamente permettere una negazione dei meccanismi di mercato interno ormai consolidati e facenti parti dell'*acquis communautaire*⁴⁴⁸, ma può però parallelamente imporre alle istituzioni comunitarie di compensare gli effetti sociali non desiderabili scaturenti dall'esercizio delle libertà di circolazione. Le esigenze di solidarietà di cui all'articolo 9 TFUE, che l'Unione deve tenere in conto nell'ambito delle proprie politiche, non permettono un'automatica compressione delle libertà economiche. In tal senso la stessa clausola sociale orizzontale esclude in principio ogni tentativo di attribuire un ruolo gerarchico sovraordinato alle istanze del mercato rispetto alle esigenze della solidarietà, affermando la necessità di salvaguardare le politiche sociali dagli effetti espansivi della libera circolazione⁴⁴⁹.

§ 3. Il Trattato di Lisbona come strumento di sintesi e temperamento delle diverse finalità comunitarie

Il Trattato di Lisbona riflette il tentativo di bilanciare il rispettivo peso specifico dei valori di una economia di mercato con le istanze di carattere sociale⁴⁵⁰. In effetti i nuovi valori ed obiettivi definiti in ambito sociale, la previsione di una clausola sociale orizzontale, i diritti sociali

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 462.

⁴⁴⁷ Al riguardo si è sostenuto (VIELLE P., op. cit., p. 119), confrontando l'apporto della clausola di *Gender mainstreaming* ex articolo 3 TCE alla concreta tutela in via giurisprudenziale del divieto di discriminazioni in base al sesso, che, in via generale, le clausole orizzontali non possano di per sé generare che un'influenza ridotta sugli orientamenti della Corte di giustizia, che preferisce invece fondare il proprio ragionamento su norme aventi effetti diretto. Si deve tuttavia evidenziare che la clausola sociale orizzontale, combinata con il valore vincolante attribuito alla Carta ed ai diritti sociali fondamentali in essa riconosciuti e con la prossima adesione alla CEDU, imporranno indubbiamente alla Corte di valutare più attentamente gli effetti sul piano sociale delle proprie pronunce "even in the hardest economic fields" (Ibidem, p. 121).

⁴⁴⁸ Per un approccio critico al meccanismo della clausola sociale orizzontale che avrebbe un significato meramente marginale cfr. SCHOMANN I, *The Lisbon Treaty: a more social Europe at last?*, (2010) 1, *ETUI Policy Brief*.

⁴⁴⁹ VIELLE P., op. cit., p. 121, ove si afferma che la clausola sociale orizzontale "serves to place several emblematic social policy areas safely beyond the reach of economic law".

⁴⁵⁰ In via generale per un'analisi delle modifiche all'architettura costituzionale dell'UE apportate dal Trattato di Lisbona, con particolare riferimento al bilanciamento tra istanze economiche e sociali, cfr. P. CRAIG, op. cit., pp. 287 et ss.

fondamentali riconosciuti dalla Carta suggeriscono indubbiamente che l'ideologia del libero mercato e delle liberalizzazioni che ha fino a questo momento sostanzialmente caratterizzato il processo europeo di integrazione⁴⁵¹ ha perso, almeno una parte della sua predominanza gerarchica nell'ordinamento giuridico comunitario. In tal senso l'approccio socialmente orientato che si deduce dal Trattato di Lisbona pare tradursi in un tentativo di ripensare la relazione tra dimensione economica e sociale del mercato interno⁴⁵². La trasposizione nei Trattati istitutivi di una serie di esigenze, obiettivi e valori che erano in precedenza delegati alla disciplina delle autorità nazionali potrebbe leggersi altresì come un'assunzione di responsabilità da parte dell'Unione europea che ha finalmente deciso di trasferire dal livello interno a quello sovranazionale la dimensione costituzionale del processo di integrazione⁴⁵³.

In particolare la formula "*economia sociale di mercato*" adottata dal Trattato di Lisbona costituisce l'espressione di un compromesso tra le esigenze della giustizia sociale, quali l'assistenza agli emarginati e la tutela dei diritti dei lavoratori, e la necessità di garantire il libero esercizio dell'autonomia privata rispetto a qualsiasi intervento statale.

Se concepiti in termini assoluti e astratti gli obiettivi della solidarietà e della competitività possono apparire contraddittori. L'approccio dell'economia sociale di mercato si propone piuttosto di contemperarli, garantendone la coesistenza attraverso un meccanismo di bilanciamento. Questo conflitto potenziale tra competitività e solidarietà, e più precisamente la contraddizione tra gli obiettivi del mercato unico e la conservazione dei modelli sociali europei, devono, infatti, poter essere risolti in termini di bilanciamento tra valori diversi, armonizzando le esigenze delle libertà economiche con le obbligazioni derivanti dai diritti sociali.

L'inserimento di questo concetto tra i principali obiettivi dell'Unione europea obbliga inoltre le istituzioni comunitarie ad un approccio più olistico degli effetti del mercato unico. Questa interpretazione sembra essere confermata non solo dall'introduzione della suddetta clausola sociale orizzontale, ma anche dal valore giuridico vincolante attribuito alla Carta dei diritti fondamentali che, ribadendo una serie di diritti economici e sociali, influenzerà senza dubbio le azioni e le politiche delle istituzioni europee⁴⁵⁴.

Nel suo processo d'integrazione tra Stati membri l'Unione europea, superando la propria dimensione strettamente economica, ha dimostrato, alla luce dei progressi introdotti dal Trattato di Lisbona, un

⁴⁵¹ In questi termini BRUUN N.-LORCHER K.-SCHOMANN I., *Introduction, op. cit.*, p. 2, ove si afferma esplicitamente che "*In recent years it has become increasingly clear that the EU is not necessarily a boom for social justice and social policy, but entails great risks as the EU embraces the laws of the market and free competition*" In particolare secondo l'autore il testo precedente al Trattato di Lisbona "*offered a very liberal market model*".

⁴⁵² JACOBS A.T.J.M., *The social Janus head of the European Union: social market economy versus ultraliberal policies*, in WOUTERS J.-VERHEY L.-KIJVER P., *European Constitutionalism beyond Lisbon*, Antwerpen, 2009, pp. 111-128.

⁴⁵³ In tal senso GIUBBONI S., *Social Europe after Lisbon Treaty. Some Sceptical Remarks*, in *European Journal of Social Law*, 4-2011, p. 247.

⁴⁵⁴ SYRPIS P., *The treaty of Lisbon: Much Ado...But About What?*, in *Industrial Law Journal*, 37-2008, p. 219.

nuovo approccio che mira non solo a mantenere un elevato livello di competitività, ma anche a costruire una economia sociale di mercato. Il Trattato di Lisbona segna quindi una svolta nel percorso di creazione di una Europa solidale, formalizzando la volontà di aggiungere una dimensione sociale⁴⁵⁵ ad uno spazio doganale senza frontiere meramente basato sulla libera circolazione dei fattori produttivi e su una concorrenza non falsata.

⁴⁵⁵ In questo senso RODRIGUES S., op. cit., p. 71, ove si evidenzia con forza l'esigenza, ormai improrogabile, di *"ajouter à partir d'un socle politique un socle social"*.

Sezione III. Gli effetti del Trattato di Lisbona sul bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali

Una giurisprudenza recente pare aver esacerbato le tensioni, che la direttiva sul distacco dovrebbe comporre, tra libera concorrenza e lotta al *dumping* sociale, affermando in sostanza l'esistenza di una relazione gerarchica tra libertà economiche e diritti sociali (§ 1). L'inconciliabilità di tale approccio eccessivamente *pro mercato*⁴⁵⁶ assunto dalle Corti comunitarie con i nuovi obiettivi sociali espressi nell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale europeo è stato rilevato da taluni avvocati generali (§ 2) e dalla stessa Commissione che hanno evidenziato la necessità di raggiungere un bilanciamento equilibrato tra economia di mercato e modello sociale (§ 3). Un primo segnale della volontà concreta del legislatore di sanare tale frattura tra competitività e solidarietà può essere ricercato in due recenti strumenti di diritto derivato che hanno proposto, da un lato, una revisione delle condizioni applicative della direttiva sul distacco, e dall'altro, una maggiore tutela dell'esercizio delle azioni collettive nel quadro del mercato interno (§ 4).

§ 1. Il ripensamento dell'approccio al bilanciamento alla luce del nuovo quadro giuridico

Le cause previamente esaminate, relative al conflitto tra mercato e solidarietà, erano state instaurate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. In particolare nelle sentenze *Laval* e *Viking* la disciplina relativa alla libera circolazione dei servizi era stata ritenuta in astratto come equivalente, e quindi poi nei fatti come sovraordinata, rispetto alla tutela dei diritti sociali fondamentali⁴⁵⁷. Da tale giurisprudenza sembrava scaturire un rapporto sbilanciato tra capitale e lavoro derivante da un approccio maggiormente rivolto alla tutela della libertà di impresa e del diritto di iniziativa economica rispetto alla contrattazione collettiva ed agli strumenti di azione sindacale.

La Corte di giustizia, fedele ad una giurisprudenza consolidata orientata alla promozione delle libertà fondamentali ed all'integrazione dei mercati, rispondendo in via principale al sistema di valori di cui si porta garante, aveva in tali cause approcciato il diritto di sciopero e di contrattazione collettiva meramente in termini di effetti restrittivi sull'esercizio delle libertà economiche di circolazione. Rilevanza meramente secondaria sembrava invece essere stata attribuita ad altre non

⁴⁵⁶ In questo senso BRUUN N.-LORCHER K.-SCHOMANN I, *Introduction*, op. cit., p. 3, ove si sostiene che la Corte di Giustizia "in various judgement is showing its attachment to market liberalism by giving it priority over other values". Nello specifico si ritiene che nella giurisprudenza relativa ai casi *Viking* e *Laval* "the right to take collective action was held to be inferior to the economic freedoms".

⁴⁵⁷ Così BARNARD C., *A Proportionate Response to Proportionality in the Field of Collective Action*, op. cit., p. 117, ove si afferma: "The well-known decision in *Viking* and *Laval* sent out a strong message that the economic and social dimensions of the European Union are capable of reconciliation. Yet, for better or worse, the outcome of the cases is seen by many to prioritise the economic interests over those of the social".

meno importanti politiche comunitarie, quali la protezione dei lavoratori, il progresso degli standard sociali, la tutela dei diritti fondamentali, la negoziazione collettiva, il miglioramento delle condizioni di impiego ed indirettamente anche la promozione di una concorrenza non falsata tra imprese, che dovrebbe impedire un abuso delle libertà di circolazione al fine di approfittare dei differenziali nel costo della manodopera tra Stati membri.

L'approccio adottato dalla Corte nelle cause sul bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali aveva in sostanza avallato l'adozione di uno standard di protezione del diritto di sciopero, d'azione sindacale e di contrattazione collettiva meno elevato ed efficace di quello garantito dalle tradizioni giuslavoristiche degli Stati membri⁴⁵⁸.

Risulta quindi a tal punto necessario comprendere se il nuovo quadro giuridico delineatesi in seguito all'adozione del Trattato di Lisbona ed il modificato sistema gerarchico di valori comuni che ne dovrebbe derivare non impongano un ripensamento dell'approccio comunitario a tale bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche⁴⁵⁹.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed il nuovo assetto costituzionale di finalità che ne risulta pare richiedere un cambiamento nelle modalità in cui il mercato interno viene normalmente percepito al fine di controbilanciare maggiormente l'integrazione economica con considerazioni di carattere sociale e più generalmente con il pubblico interesse. Per realizzare concretamente un'economia sociale di mercato è probabilmente necessario reindirizzare il rapporto di forze tra mercato e solidarietà, quale risulta attualmente impostato nell'interpretazione giurisprudenziale della Corte, mettendo in discussione la supremazia delle libertà economiche rispetto alle altre politiche comunitarie.

Chiaramente un'eventuale riduzione del ruolo, tradizionalmente dominante, svolto dal mercato nell'ambito del processo europeo di integrazione in favore di preoccupazioni di natura solidale, dovrebbe indubbiamente comportare un ripensamento del rapporto conflittuale tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali. Certamente la previsione della necessità di sviluppare un'economia sociale di mercato, indipendentemente dalla genericità ed astrattezza della nozione, non può di per sé risultare sufficiente per risolvere la tensione tra pubblico interesse e libera circolazione⁴⁶⁰, ma potrebbe tuttavia permettere una visione del mercato più olistica ed indirizzata

⁴⁵⁸ DAVIES G., *One step forward, two steps back? The Viking and Laval cases in the ECJ*, 37, in *Industrial Law Journal* (2008), p. 126-148. In questo senso BRUUN N.-LORCHER K.-SCHOMANN I., *Introduction*, op. cit., si chiede se effettivamente gli Stati membri continuino o meno a detenere "the freedom to enact or to maintain their labour and social security law as long as it is more favourable to the workers".

⁴⁵⁹ Secondo BERCUSSON B., op. cit., p. 104-105, in virtù del nuovo approccio tra mercato e solidarietà di cui è portatore il Trattato di Lisbona le libertà di circolazione non possono più semplicemente prevalere sui diritti sociali fondamentali. Nel medesimo senso si è sostenuto che in seguito all'adozione del Trattato di Lisbona, "There are some signs that economic freedoms will no longer be placed in a clearly hierarchical position with regard to social rights, and that a more flexible approach to the issue of proportionality may be possible in the future" (DEAKIN S., *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy"*, op. cit., p. 20).

⁴⁶⁰ NEERGARD U., *Service of General Economic Interest: The Nature of the Beast*, in KRAJESKI M.-NEERGARD

ad assolvere funzioni diversificate in nome del pubblico interesse (tutela del consumatore, protezione dell'ambiente, giustizia sociale) e non meramente finalizzata alla soppressione delle barriere al commercio⁴⁶¹.

In tal senso le novità apportate dal Trattato di Lisbona ed il nuovo bilanciamento tra solidarietà e mercato nella costituzione economica europea dovranno non solamente indirizzare il legislatore nell'attuazione delle politiche comunitarie e le autorità nazionali nell'implementazione della fonte sovranazionale, ma altresì orientare la Corte di giustizia che con la propria giurisprudenza è chiamata a garantire l'unità e coerenza dell'intero sistema giuridico⁴⁶².

La stessa Corte si trova tuttavia limitata nel proprio potere di scrutinio, operando in un contesto sostanzialmente dominato dall'integrazione negativa, in virtù della scarsa complementarità tra i sistemi sociali degli Stati membri e della mancanza di una soglia minima stabilita e riconoscibile di diritti fondamentali in campo sociale. Al contrario l'adozione di una tecnica di integrazione positiva, che richiede un intervento armonizzante o perlomeno di coordinamento del legislatore nazionale dovrebbe permettere un equo bilanciamento degli interessi in gioco tramite una elaborazione accentrata fondata sul dialogo con le istanze sociali periferiche provenienti dagli Stati membri⁴⁶³. Non è più sostenibile che la realizzazione del mercato comune possa essere meramente affidata all'iniziativa economica ed al libero gioco delle forze di mercato, essendo necessario coinvolgere direttamente le istanze sociali rappresentative delle imprese e dei lavoratori al fine di introdurre strumenti che possano evitare fenomeni di *dumping* sociale e garantire le condizioni di impiego e di trattamento salariale esistenti negli Stati membri, indipendentemente dal legittimo esercizio della libera circolazione da parte delle imprese comunitarie.

Allo stesso tempo non risulta più accettabile, da un punto di vista democratico⁴⁶⁴, delegare ad un organo giurisdizionale, e quindi non rappresentativo, il compito di disciplinare indirettamente una materia sensibile e radicata nelle tradizioni giuridiche nazionali, che sebbene esclusa dalle competenze comunitarie finisce per essere pregiudicata dall'esercizio delle libertà di circolazione garantite dai Trattati⁴⁶⁵. L'intervento legislativo dovrebbe quindi permettere altresì di garantire le

U.-VAN DE GRONDEN J., *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, T. M. C. Asser Press, 2009, p. 48.

⁴⁶¹ DE VRIES S. A., op. cit., p. 31.

⁴⁶² CRAIG P., op. cit., p. 328.

⁴⁶³ CISOTTA R., op. cit., p. 466.

⁴⁶⁴ In senso analogo la Risoluzione del Parlamento europeo del 5 luglio 2011 sul futuro dei servizi sociali di interesse generale, 2009/2222 (INI), punto 27, ha evidenziato come non risulti “democraticamente accettabile” che la mancanza di chiarezza della normativa comunitaria in materia di servizi di interesse generale, ed in particolare di servizi sociali, costringa la Corte di giustizia a pronunciarsi su problematiche che andrebbero definite in ambito normativo. Risulta, infatti, evidente che delegare totalmente alla Corte di giustizia la responsabilità di effettuare caso per caso tale complesso bilanciamento di valori economici e sociali comporta sostanzialmente il trasferimento di poteri legislativi in capo ad un organo giudiziario che non dovrebbe “fare la legge”, ma limitarsi secondo un'espressione classica ad essere “la bocca della legge”.

⁴⁶⁵ Si è così evidenziato come, mentre la Corte può, tramite l'applicazione delle libertà di circolazione, sconfinare in un ambito di disciplina riservato alla sovranità nazionale, incidendo sull'esercizio in ambito interno del diritto di sciopero, gli Stati membri, in virtù dell'esclusione prevista dall'articolo 153.5 TFUE, non possono invece adottare

esigenze di democraticità del sistema giuridico comunitario che sarebbero fortemente indebolite ove una materia talmente delicata fosse nuovamente sottoposta all'aleatorio potere di risoluzione delle controversie di un organo giurisdizionale privo di alcuna legittimazione popolare ed operante tramite un approccio meramente casistico.

Un intervento del legislatore comunitario, in assenza della possibilità giuridica di armonizzare la disciplina del diritto di sciopero e di contrattazione collettiva ed in attesa che si formi una volontà comune in tal senso, potrebbe intervenire direttamente sulla regolazione del mercato interno nel diritto primario sancendo esplicitamente che l'esercizio delle libertà comunitarie di circolazione non possa in alcun modo pregiudicare la sostanza e la portata dei diritti fondamentali ed in particolare gli istituti di tutela dei lavoratori esistenti negli ordinamenti interni. Si potrebbe in tal modo definitivamente negare in modo formale il primato che di fatto è attribuito al mercato nel processo europeo di integrazione, garantendo l'inderogabilità dei diritti fondamentali riconosciuti in ambito comunitario da parte delle libertà di circolazione⁴⁶⁶. Un tale approccio pare suggerito anche dall'esplicita previsione *ex* articolo 52.1 CEDF del carattere non inderogabile dei diritti sanciti nella Carta, imponendo direttamente tale disposizione l'obbligo di esercitare un bilanciamento di interessi ai sensi del principio di proporzionalità. La stessa Carta prevede dunque espressamente che i diritti ed i principi da essa garantiti possano legittimamente essere temperati con altre esigenze, a condizione che, conformemente alla giurisprudenza comunitaria, tale limitazione sia dettata dalla legge, non snaturi la sostanza del diritto stesso e che la restrizione sia necessaria e proporzionata al superiore obiettivo (di interesse generale) perseguito.

§ 2. Le *dissenting opinions* degli avvocati generali: suggerimenti inascoltati

L'avvocato generale sembra costituire oggi la sola "figura giurisdizionale" che può permettersi un margine di discrezionalità nelle proprie opinioni, deviando parzialmente, tramite interpretazioni creative e flessibili, dalla granitica giurisprudenza della Corte, la quale tende invece a restare fossilizzata sui classici principi che l'hanno orientata nella creazione del mercato interno. Si riporta di seguito la posizione espressa da due avvocati generali (*Villalòn* e *Trstenjak*) che hanno esplicitamente messo in discussione, sulla base del nuovo quadro giuridico delineatesi in seguito all'adozione del Trattato di Lisbona, l'approccio adottato dal giudice comunitario nella conciliazione tra libertà economiche e diritti sociali.

La giurisprudenza in materia di bilanciamento, secondo l'approccio sostenuto dall'Avvocato

una normativa comunitaria che regoli il diritto d'azione sindacale in ambito transfrontaliero (DEAKIN S., *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy*, op. cit., p. 20).

⁴⁶⁶ BERCUSSON B., op. cit., p. 102.

generale *Villalòn*⁴⁶⁷ deve essere rivisitata al fine di adattarla al rinnovato quadro europeo in materia sociale al fine di comprendere “*se l’affermazione secondo cui l’Unione persegue anche una finalità sociale, come ha dichiarato la Corte di giustizia nelle sentenze Viking e Laval e considerata l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, abbia qualche impatto sulla dottrina elaborata*⁴⁶⁸” in una diversa e precedente fase del processo di integrazione comunitaria.

In tal senso, la stessa direttiva 96/71 avrebbe come scopo di equilibrare gli interessi dei diversi soggetti coinvolti: la libertà degli imprenditori di esercitare la libera prestazione di servizi, il diritto dei lavoratori distaccati nell'ambito di una attività autonoma di godere di adeguati standard di protezione sociale e la possibilità per gli Stati membri che accolgono la manodopera distaccata di esercitare un controllo sui soggetti operanti sul proprio territorio. Seguendo tale approccio, il distacco di lavoratori, nei limiti in cui può modulare l’intensità della libera prestazione dei servizi, dovrebbe essere interpretato alla luce delle nuove finalità sociali introdotte dal Trattato di Lisbona⁴⁶⁹.

L'assunzione da parte dell'Unione europea di una responsabilità in materia sociale comporterebbe quindi che la tutela del lavoratore ed i diritti sociali fondamentali divengano un fattore meritevole di protezione in modo autonomo, indipendentemente dalle deroghe alle libertà economiche previste dal diritto primario e dalle eccezioni non scritte alla circolazione transfrontaliera individuate dalla Corte di giustizia.

In base alla tesi sostenuta dall'avvocato generale, la necessità di un più equo bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali risulterebbe confermata dall'approccio socialmente orientato assunto dal diritto primario e troverebbe espressione pratica in un'applicazione concreta del principio di proporzionalità in senso favorevole alle tutele del lavoro del Paese ospitante⁴⁷⁰. La giustificazione delle misure sociali adottate dallo Stato membro di esecuzione della prestazione in termini di proporzionalità, necessità, idoneità ed adeguatezza dovrebbe quindi avvenire tramite un'analisi di natura individuale, esaminandone singolarmente la legittimità “*alla luce di un parametro di controllo che, in applicazione del Trattato, risulti particolarmente sensibile rispetto*

⁴⁶⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale *Villalòn* del 5 maggio 2010, *Santos Palhota*, cit., relative alla medesima questione oggetto della precedente CGUE, 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e 376/96, *Arblade*, in merito all'obbligo incombente al prestatore transfrontaliero di servizi di previa trasmissione d'una dichiarazione di distacco ed all'obbligo di conservare determinati documenti sociali equivalenti a quelli previsti nei confronti dei lavoratori dello Stato ospitante. La causa sottoposta all'attenzione dell'avvocato generale riproporrebbe “*ancora una volta le tensioni esistenti tra la costruzione del mercato interno e la protezione dei valori sociali*” (p. 38).

⁴⁶⁸ P. 3 delle Conclusioni nella causa *Santos Palhota*, cit.

⁴⁶⁹ L'introduzione di una clausola trasversale di protezione sociale, il perseguimento di una economia sociale di mercato e la forza vincolante attribuita alla Carta ed ai diritti di solidarietà ivi riconosciuti, implicano “*che, qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi d’interesse generale che giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, esse non devono più essere interpretate restrittivamente*” (punto 53 delle conclusioni).

⁴⁷⁰ “*Il nuovo sistema del diritto primario, imponendo obbligatoriamente un elevato grado di protezione sociale, sta facendo sì che gli Stati membri, in nome della salvaguardia di un determinato livello di protezione sociale, possano giungere a porre limiti ad una libertà, e li autorizza a ciò senza che il diritto dell’Unione consideri siffatta limitazione atto straordinario e, in quanto tale, soggetto ad una valutazione restrittiva*” (punto 53 delle conclusioni).

*alla protezione sociale del lavoratore*⁴⁷¹”.

L'orientamento solidale assunto dal diritto costituzionale europeo dovrebbe quindi legittimare talune restrizioni alla libera circolazione transfrontaliera dei servizi in nome della tutela dei lavoratori, in modo che gli obiettivi sociali non siano più considerati come un mero ostacolo alle libertà economiche, ma un valore fondamentale equivalente ai principi sui cui si fonda il funzionamento del mercato interno.

La necessità di composizione dei conflitti in base al principio di proporzionalità pare altresì confermata dall'Avvocato generale *Trstenjak* secondo cui il processo d'integrazione europea deve necessariamente presupporre la conciliabilità tra libertà e diritti fondamentali sanciti dal diritto comunitario⁴⁷².

Secondo l'avvocato *Trstenjak*, la controversa giurisprudenza *Viking* e *Laval*, disconoscendo ai diritti sociali fondamentali la facoltà di giustificare in modo autonomo una restrizione ad una libertà fondamentale, si pone in aperto conflitto con il principio dell'equivalenza tra diritti fondamentali e libertà fondamentali. L'approccio adottato dalla Corte nelle cause menzionate suggerirebbe “l'esistenza di un rapporto gerarchico tra libertà fondamentali e diritti fondamentali, nel quale tali diritti sono gerarchicamente subordinati alle libertà suddette⁴⁷³” che possono quindi subire una limitazione esclusivamente in presenza di una deroga prevista dal Trattato o di un motivo imperativo giustificabile individuato dalla giurisprudenza. Un'ulteriore conferma di tale gerarchia deriverebbe dal fatto che un eventuale ostacolo alla circolazione palesemente discriminatorio derivante dall'esercizio di un diritto fondamentale non potrebbe essere giustificato in base alla sussistenza di un valido motivo imperativo di interesse generale, ma, in quanto misura indistintamente applicabile, solo alla luce delle deroghe previste dal Trattato, con notevole riduzione delle possibili giustificazioni.

L'avvocato generale respingendo esplicitamente tale relazione gerarchica e conflittuale, sottolinea invece come “il rapporto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali è caratterizzato da un'ampia convergenza, sia di struttura che di contenuto⁴⁷⁴”, evidenziando altresì la complementarietà delle libertà di circolazione rispetto all'esercizio dei diritti fondamentali⁴⁷⁵. Di conseguenza in caso di eventuale contrasto tra libertà e diritti si deve ricercare un adeguato contemperamento in base al principio di proporzionalità al fine di assicurare il massimo grado d'effettività ai due contrapposti interessi meritevoli di tutela. Tale bilanciamento dovrebbe avvenire

⁴⁷¹ Ibidem, p. 55.

⁴⁷² Conclusioni dell'Avvocato generale *Trstenjak* del 14 aprile 2010, C-271/08, *Commissione c. Germania*, punto 186. L'approccio adottato in tale opinione “articulated a more genuine synthesis between the economic and social dimensions of the European Union, relying on the principle of proportionality” (BARNARD C., *A Proportionate Response to Proportionality in the Field of Collective Action*, op. cit., p. 117).

⁴⁷³ Ibidem, punto 184.

⁴⁷⁴ Ibidem, punto 188.

⁴⁷⁵ Nel medesimo senso anche ZILIO GRANDI G., op. cit., p. 57.

in base ad una duplice valutazione (*double proportionality test*⁴⁷⁶): da un lato la restrizione di una libertà fondamentale è giustificata qualora abbia avuto luogo nell'esercizio di un diritto fondamentale e fosse idonea, necessaria e congrua per il soddisfacimento degli interessi tutelati mediante tale diritto; dall'altro, in senso analogo e inverso, la restrizione di un diritto fondamentale è giustificata qualora abbia avuto luogo nell'esercizio di una libertà fondamentale e fosse idonea, necessaria e congrua per il soddisfacimento degli interessi tutelati mediante tale libertà⁴⁷⁷.

L'accoglimento di un approccio di risoluzione del conflitto fondato su un criterio di equivalenza e sulla proporzionalità, in linea con la posizione sopra descritta dell'Avvocato generale *Villalòn*, non costituirebbe nemmeno un'assoluta novità nel panorama giurisprudenziale europeo. Già nella sentenza *Schmidberger*, la Corte di giustizia, fondandosi sull'equivalenza gerarchica tra diritti fondamentali e libertà economiche, aveva ricondotto il conflitto ad un equo temperamento attraverso una verifica in senso flessibile della proporzionalità delle restrizioni reciprocamente imposte. Il giudice comunitario, anche nelle cause oggetto delle opinioni fin qui analizzate, ha tuttavia continuato a proseguire per la strada indicata nei casi *Viking* e *Laval*, non adottando l'approccio maggiormente flessibile al conflitto tra mercato e solidarietà suggerito dai suoi avvocati generali⁴⁷⁸. La perseveranza nel mantenimento della propria posizione è evidente nella sentenza *Commissione c. Germania* ove, in contrasto con l'opinione dell'Avvocato generale *Trstenjak* e richiamando espressamente la giurisprudenza *Viking* e *Laval*, la Corte di giustizia ha affermato che “l'esercizio del diritto fondamentale di negoziazione collettiva deve dunque essere temperato con gli obblighi scaturenti dalle libertà tutelate dal Trattato FUE [...] e deve essere conforme al principio di proporzionalità”⁴⁷⁹.

§ 3. Verso il superamento dell'integrazione negativa: primi segnali di risveglio del legislatore

I contrasti emersi dalla giurisprudenza comunitaria, che ha un provocato un'evidente frattura tra

⁴⁷⁶ DE VRIES S.A., op. cit., p. 40. Secondo l'autore tale doppio test di proporzionalità era già stato di fatto adottato nella sentenza *Schmidberger* nell'ambito della quale il giudice comunitario aveva, da un lato, esaminato i possibili effetti di un divieto di manifestare sull'esercizio del diritto alla libera manifestazione del pensiero e, dall'altro, considerato l'interferenza esercitata dalla dimostrazione degli ambientalisti sulla libera circolazione.

⁴⁷⁷ Conclusioni nella causa *Commissione c. Germania*, cit., punto 199. Si è evidenziato come di fatto, nonostante l'approccio più flessibile al conflitto tra libertà e diritti, l'avvocato generale sia comunque giunto anche nel caso di specie all'applicazione del test di proporzionalità nel consueto modo, e dunque, alla valutazione dell'idoneità, necessità ed adeguatezza dei contenuti della contrattazione collettiva, in linea di continuità con quanto fatto rispetto alle finalità dell'azione sindacale nella giurisprudenza precedente (DE SALVIA A., *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un temperamento tra diritti equoordinati?*, op. cit., p. 7). L'avvocato generale finisce, infatti, per entrare nel merito dell'esercizio della contrattazione collettiva “con la conseguente censura dei suoi prodotti negoziali considerati sproporzionalmente lesivi delle altrui libertà economiche” (ORLANDINI G., *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona*, op. cit.).

⁴⁷⁸ ROCCA M., op. cit., p. 27, evidenzia come il giudizio della Corte nella causa *Commissione c. Germania*, cit., risulti sostanzialmente “more an application of *Viking* and *Laval* than a deviation from this doctrine”.

⁴⁷⁹ CGUE, sentenza *Commissione c. Germania*, cit., p. 44.

integrazione delle economie nazionali e solidarietà collettiva, hanno anche prodotto l'effetto positivo di spingere il legislatore ad un ripensamento della disciplina, correggendo le disfunzioni del sistema che la Corte, applicando gli strumenti interpretativi che le competono, non ha potuto sanare.

Si pone in questo senso la posizione espressa nella Comunicazione *”Verso un atto per il mercato unico – per un’economia sociale di mercato altamente competitiva⁴⁸⁰”* ove si evidenzia chiaramente, in linea con quanto contenuto nel *Rapporto Monti⁴⁸¹* e coerentemente con quanto dichiarato dagli avvocati generali sopramenzionati, che le evoluzioni del diritto primario verso una rivalutazione della componente sociale del processo di integrazione europea costringono *”ad una visione più completa del mercato unico”*. A tal fine è la stessa Commissione a dichiarare esplicitamente che *”le libertà economiche e le libertà di azioni collettive devono essere armonizzate”*. In particolare in tale contesto sono state avanzate due proposte che dovrebbero contribuire a rendere effettiva la volontà di perseguire anche la solidarietà in un sistema di mercato sostanzialmente fondato sulla competitività. In tale contesto la Commissione ha espresso la sua intenzione di impegnarsi *”affinché si tenga conto dei diritti garantiti dalla Carta, ivi compreso il diritto di promuovere azioni collettive, promettendo, conformemente alla clausola di solidarietà ex articolo 9 TFUE, di analizzare l'impatto sociale di tutte le proposte legislative sul mercato unico⁴⁸²”*. Ulteriormente la Commissione ha garantito la prossima adozione di una proposta legislativa destinata a migliorare l'attuazione della direttiva sul distacco dei lavoratori, *”che potrebbe comprendere, o essere integrata da, un chiarimento sull'esercizio dei diritti sociali fondamentali nel contesto delle libertà economiche del mercato unico⁴⁸³”*.

Tale profusione di intenti è stata sostanzialmente confermata nella successiva Comunicazione ove tra le azioni chiave per il futuro dell'Unione europea si è individuata la necessità di adottare una legislazione destinata a rafforzare l'implementazione e la prassi applicativa della direttiva sul distacco dei lavoratori, prevedendo al contempo una normativa per chiarire il rapporto tra diritti

⁴⁸⁰ Comunicazione della Commissione, *Verso un atto per il mercato unico – per un’economia sociale di mercato altamente competitiva*, 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato, Com (2010) 608, 11 novembre 2010.

⁴⁸¹ Nel Rapporto al presidente della Commissione europea José Manuel Barroso di Mario Monti del 9 maggio 2010, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea*, p. 76, al fine di equilibrare libertà economiche del mercato e diritti sociali dei lavoratori, coerentemente con il modello dell'economia sociale di mercato adottato nel Trattato di Lisbona, si suggerisce *”un intervento mirato per coordinare più efficacemente l'interazione fra diritti sociali e libertà economiche all'interno del sistema UE”*, garantendo *”uno spazio d'azione adeguato ai sindacati e ai lavoratori per difendere i loro interessi e tutelare i loro diritti ad azioni sindacali senza sentirsi indebitamente ostacolati dalle norme che disciplinano il mercato unico”*. Il rapporto Monti, dopo aver suggerito un chiarimento delle modalità di attuazione della direttiva sul distacco al fine di favorire la cooperazione tra le amministrazioni locali competenti e l'accesso dei lavoratori ai mezzi di ricorso per la tutela dei propri diritti nel Paese ospitante, proponeva due strategie alternative per salvaguardare il diritto di sciopero: escluderlo dall'ambito applicativo dei Trattati o, previa modifica del diritto primario, disciplinarlo a livello sovranazionale.

⁴⁸² V. Proposta n. 29 della Comunicazione, cit..

⁴⁸³ V. Proposta n. 30 della Comunicazione, cit..

sociali fondamentali ed esercizio delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi⁴⁸⁴.

Al fine di garantire alle imprese la possibilità di fornire più facilmente i propri servizi in tutta l'Unione europea, senza che ciò comporti un livellamento verso il basso, occorre infatti perfezionare l'applicazione del quadro giuridico sul distacco dei lavoratori per agevolare la circolazione delle informazioni tra le imprese e le autorità degli Stati membri, rafforzare i controlli e lottare contro gli abusi, soprattutto in materia di diritti dei lavoratori. Ulteriormente, in conformità ai diritti espressi nella Carta, si sottolinea la necessità di adottare uno strumento trasversale che garantisca nell'ambito delle libertà di circolazione delle attività autonome il rispetto del diritto di azione collettiva, conformemente alla legislazione e alle prassi nazionali e nel rispetto del diritto dell'Unione.

§ 4. Dalla Corte al legislatore: influenza della giurisprudenza in materia di distacco e bilanciamento sui nuovi sviluppi normativi

Mentre da un lato la dimensione sociale è divenuta una componente essenziale del mercato interno, dall'altro la recente giurisprudenza ha creato una fenditura tra competitività e solidarietà. Tale evoluzione ha reso non ulteriormente procrastinabili da parte del legislatore le esigenze, inestricabilmente collegate, di precisare, da un lato, le condizioni applicative della direttiva sul distacco dei lavoratori (a) e di trovare, dall'altro, un equilibrato bilanciamento tra esercizio del diritto d'azione collettiva e libertà di circolazione (b).

Una giurisprudenza creativa, che si è spinta ai limiti della competenza giurisdizionale, ha stimolato il legislatore ad intervenire per correggere le incertezze interpretative d'una normativa comunitaria e per arrestare l'effetto espansivo del mercato interno verso settori, quali le libertà sindacali ed il diritto di sciopero, che esulano dall'ambito applicativo del diritto UE.

a) La proposta di direttiva concernente l'applicazione della direttiva sul distacco

In seguito alle polemiche ed al dibattito suscitato dalla giurisprudenza sul conflitto tra libertà economiche e diritti sociali la Commissione europea ha recentemente suggerito una revisione del quadro giuridico di applicazione della direttiva sul distacco, adottando una proposta che *“stabilisce un quadro comune generale di disposizioni, misure e meccanismi di controllo intesi a migliorare e a uniformare l'applicazione nella pratica della direttiva 96/71/CE”*⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle Regioni, *L'Atto per il mercato unico Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia “Insieme per una nuova crescita”*, Bruxelles, 13/04/4.2011, COM(2011) 206 definitivo, p.16-18.

⁴⁸⁵ Articolo 1 della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, Bruxelles,

Già precedentemente la Commissione aveva avvertito l'esigenza di adottare nuovi strumenti per migliorare la situazione dei lavoratori distaccati, invitando gli Stati membri a rafforzare la reciproca cooperazione tra le rispettive amministrazioni nazionali al fine di garantire un più ampio accesso alle informazioni e la circolazione di buone pratiche⁴⁸⁶. Tuttavia la Commissione, piuttosto di adottare una revisione delle condizioni sostanziali della direttiva 96/71, ha preferito proporre uno strumento che non modifica in senso materiale il quadro giuridico comunitario applicabile al fenomeno del distacco, ma si limita invece a prevedere un pacchetto di misure normative riguardanti l'applicazione, il controllo e l'interpretazione delle condizioni di lavoro minime applicabili ai lavoratori distaccati⁴⁸⁷.

Risulta utile sottolineare che la proposta, analogamente alla direttiva 96/71, ha come base giuridica gli articoli 53.1 e 62 TFUE, confermando nuovamente come la disciplina comunitaria del distacco, nonostante la natura ibrida del fenomeno, sia impostata principalmente a tutela della libertà di prestazione dei servizi, piuttosto che sulla libera circolazione dei lavoratori o sulle disposizioni del titolo del Trattato dedicato alla politica sociale⁴⁸⁸. Tuttavia, la relazione che accompagna la proposta, adottando l'approccio socialmente orientato suggerito dal diritto primario, sottolinea altresì, tramite una dichiarazione formale dal limitato valore sostanziale, come la realizzazione del mercato interno, conformemente agli obiettivi indicati dall'articolo 3.3 TUE, debba fondarsi su una economia sociale di mercato mirante alla piena occupazione ed al progresso sociale⁴⁸⁹.

La nuova proposta dunque, pur senza rimettere in discussione la direttiva preesistente, vorrebbe rimediare alla mancanza di coordinamento e di informazione tra autorità amministrative nazionali che è stata all'origine di talune disfunzioni nell'applicazione in concreto del nocciolo duro di tutela in favore dei lavoratori distaccati. Solo infatti un'uniforme ed efficace applicazione della direttiva tramite adeguati sistemi di controllo, ispezione e repressione, può garantirne il corretto

21/03/20122, COM(2012)131 final.

⁴⁸⁶ In tal senso v. la Raccomandazione della Commissione del 3 aprile 2008, sul rafforzamento della cooperazione amministrativa nel contesto del distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, GU C 85 del 4 aprile 2008, p. 1.

⁴⁸⁷ Così la Relazione che accompagna la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, Bruxelles, 21/03/20122, COM(2012)131 final, p. 11, ove si individua lo scopo della normativa nella necessità di migliorare il modo in cui la direttiva sul distacco “è applicata nell'Unione europea, stabilendo un quadro generale di disposizioni che ne consentano una migliore e più uniforme applicazione, comprendente misure dirette a impedire ogni elusione o violazione delle norme”.

⁴⁸⁸ In merito alla “natura principalmente economica, e solo secondariamente sociale” della direttiva, v. GRANDI Z., op. cit., p. 49, che considera la normativa europea sul distacco “uno strumento [...] di politica della concorrenza finalizzato a facilitare la prestazione transnazionale di servizi piuttosto che un congegno di diretta protezione dei lavoratori distaccati”. Analogamente cfr. il Parere del Comitato delle regioni del 19 gennaio 2013, *Il distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*, 2013/C 17/12, ove si afferma che adottando una tale base giuridica “le questioni relative all'applicazione della direttiva 96/71/CE vengono nuovamente affrontate dal punto di vista delle libertà economiche”. In senso analogo v. anche il parere critico della Confederazione europea dei sindacati adottato dal Comitato Esecutivo il 5-6 giugno 2012, *ETUC position on the Enforcement Directive of the Posting of Workers Directive*, ove si evidenzia la necessità di aggiungere una dimensione di solidarietà, prevedendo perlomeno una doppia base giuridica con l'aggiunta dell'articolo 153 TFUE in materia di politica sociale.

⁴⁸⁹ P. 12 della Relazione che accompagna la Proposta.

funzionamento e di conseguenza assicurare in qualsiasi Stato membro condizioni di eguaglianza per i prestatori di servizi ed adeguate forme di tutela per i lavoratori.

L'effetto del dibattito e delle proteste scaturite dalle sentenze della Corte di giustizia è ben evidente nell'articolo 1 della proposta di direttiva, ai termini del quale, si prevede un'area di immunità in favore dei diritti fondamentali, ed in particolare del diritto di sciopero e di azione sindacale, del diritto alla contrattazione collettiva, quali consolidati nelle prassi e tradizionali nazionali⁴⁹⁰.

Al fine di uniformare l'applicazione della direttiva 96/71 ed evitare dubbi interpretativi, la proposta in esame precisa gli elementi costitutivi della nozione di distacco e dell'obbligo di effettivo stabilimento che consentono di determinare se un'impresa eserciti effettivamente attività sostanziali diverse da quelle puramente interne di gestione e amministrazione⁴⁹¹. In tal senso sono descritti i criteri qualitativi, già sostanzialmente individuati dalla giurisprudenza, che devono caratterizzare sia la natura temporanea inerente alla prestazione di servizi (periodo di tempo limitato del distacco, rientro nel Paese di origine del lavoratore, copertura delle spese del distacco), sia l'esistenza di un legame effettivo e costante tra il datore di lavoro e lo Stato membro di origine del distacco (sede dell'impresa, luogo di assunzione del lavoratore, legge applicabile ai contratti, luogo di esecuzione abituale delle prestazioni, fatturato e contratti eseguiti)⁴⁹².

Tali disposizioni, precisando minuziosamente i criteri rivelatori dell'esistenza di un legame effettivo tra impresa distaccante e Stato di origine, sembrano tuttavia restringere l'ambito applicativo della direttiva sul distacco, con conseguente riesplorazione della disciplina comune in materia di libera prestazione dei servizi prevista dai Trattati. Seguendo un siffatto approccio, l'eventuale applicazione della legge del Paese ospitante nei confronti dei lavoratori distaccati che non integrano i suddetti criteri di distacco potrebbe infatti giustificarsi solo in ragione di un interesse generale, a condizione che la normativa del Paese di esecuzione della prestazione sia non discriminatoria e proporzionata rispetto allo scopo perseguito di tutela delle condizioni di impiego. Si verificherebbe quindi un

⁴⁹⁰ L'articolo 1.2 della proposta di direttiva prevede che le relative disposizioni non pregiudicano “*in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto dell'Unione, ivi compresi il diritto o la libertà di sciopero e il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, secondo le leggi e le prassi nazionali, né il diritto di negoziare, concludere ed applicare accordi collettivi e promuovere azioni collettive secondo le leggi e le prassi nazionali*”. Interessante sottolineare come tale articolato non sia stato esteso alla direttiva sul distacco, prevedendosi esplicitamente che solo la proposta non pregiudichi l'esercizio dei diritti sociali fondamentali.

⁴⁹¹ Sul contenuto delle nozioni di distacco e di lavoratore distaccato e sulla necessità di precisare la definizione di tali concetti si rimanda più diffusamente al contributo di VAN HOEK A.A.H.-HOUWERZIJL M., op. cit.

⁴⁹² Articolo 3 della Proposta. Obiettivo di tale norma è contrastare il ricorso abusivo al distacco fittizio per eludere i vincoli normativi dello Stato di stabilimento (o meglio di mera registrazione) tramite le cosiddette *letter box company*, succursali artificialmente installate presso Stati membri aventi generalmente regimi economici e normativi favorevoli al fine di distaccare poi da lì manodopera nel Paese reale stabilimento, ove si intende effettivamente svolgere la prestazione. Nel medesimo senso la norma chiarisce altresì la nozione di distacco al fine di evitare che un lavoratore migrante possa mascherarsi sotto il profilo di un lavoratore distaccato, aggirando così il diritto comunitario della previdenza sociale e le regole in materia di libera circolazione dei lavoratori subordinati. Per un approccio critico all'articolo 3 della nuova proposta di direttiva cfr. DEFOSSEZ A., *Commentaire à la proposition de révision de l'article 3 de la directive relative à l'exécution de la directive détachement*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, I-2013, pp. 53-75.

parziale ritorno all'applicazione del principio del Paese di origine nei confronti del personale distaccato che non integri i criteri di distacco fissati dalla proposta di direttiva, con evidente riduzione della possibilità di applicare il nucleo minimo di tutela della legislazione del Paese ospitante. In senso opposto potrebbe tuttavia altresì ritenersi che in assenza dei suddetti criteri debba trovare applicazione la disciplina sulla libera circolazione dei lavoratori, con conseguente estensione integrale, in base al principio di parità di trattamento, della normativa cui è sottoposta la manodopera dello Stato ospitante⁴⁹³. Un'ulteriore soluzione in caso di mancanza di criteri rivelatori del distacco ai sensi della proposta, potrebbe consistere in un eventuale applicazione dei principi generali deducibili dal diritto internazionale privato (luogo abituale di esecuzione della prestazione e criterio del collegamento più stretto)⁴⁹⁴.

La proposta si concentra quindi sulla regolamentazione dell'accesso alle informazioni relative alle condizioni di lavoro vigenti nel Paese ospitante, così da garantire ai prestatori transfrontalieri di conoscere in via preventiva, tramite la mutua assistenza e la cooperazione delle autorità amministrative dello Stato di destinazione, i requisiti e le obbligazioni da soddisfare nel Paese di esecuzione della prestazione per ivi impiegare legittimamente la propria manodopera. L'assistenza reciproca coinvolge principalmente lo Stato ospitante cui compete di fatto il controllo del rispetto del nucleo minimo di tutela previsto dal proprio ordinamento nei confronti dei lavoratori distaccati, ma non esautora di responsabilità il Paese a partire dal quale avviene il distacco.

Allo Stato membro ospitante compete garantire la divulgazione tramite opportuni strumenti informativi delle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori distaccati sul proprio territorio ai sensi della legislazione interna, nazionale e regionale e dei contratti collettivi ivi vigenti. Di particolare tenore, vista la situazione determinatasi nel caso *Laval* ove il prestatore non poteva conoscere preventivamente il salario applicabile ai sensi dei contratti collettivi applicabili nel Paese ospitante, è l'obbligo in capo agli Stati membri d'informare, tramite le rispettive organizzazioni sindacali, gli operatori transfrontalieri ed i lavoratori distaccati in merito alle tariffe minime salariali ed ai metodi di calcolo delle retribuzioni quando siano determinate dall'autonomia delle parti sociali⁴⁹⁵.

Al Paese membro di stabilimento del prestatore incombono invece compiti di monitoraggio nei

⁴⁹³ Sembra infatti presumibile che un "falso indipendente", che lavora invece in modo permanente ed in forma subordinata sul territorio di uno Stato membro dove fingeva di essere distaccato, debba essere soggetto alla disciplina in materia di libera circolazione dei lavoratori, con conseguente applicazione dei trattamenti salariali e di impiego previsti nello Stato membro di esecuzione dell'attività per la manodopera del medesimo settore. Stessa sorte verrà riservata all'imprenditore distaccante cui sarà imposto di rispettare le obbligazioni giuridiche applicabili sul territorio dello Stato membro ove effettivamente persegue la propria attività, e non quelle maggiormente favorevoli applicabili nel Paese membro ove ha sede la *letter box company* artificialmente creata (così anche A. DEFOSSEZ, op. cit., p. 63).

⁴⁹⁴ Secondo questa impostazione ALLAMPRESE A.-ORLANDINI G., *Nota sulla proposta di direttiva concernente l'applicazione della direttiva 96/71*, CGIL, Segretariato per l'Europa, Ufficio giuridico e vertenze Legali, Roma, 18 maggio 2012.

⁴⁹⁵ Articolo 5.4 della Proposta.

confronti dei lavoratori distaccati dal proprio territorio e di assistenza in favore dello Stato membro verso il quale è effettuato il distacco, fornendo in particolare informazioni circa la legalità dello stabilimento del prestatore, la sua buona condotta e l'assenza di irregolarità o di violazioni normative⁴⁹⁶.

Successivamente sono disciplinati gli strumenti di sorveglianza della conformità, codificando sostanzialmente gli obblighi amministrativi e le misure di controllo che, ai sensi di una consolidata giurisprudenza, gli Stati membri ospitanti, possono legittimamente adottare nei confronti dei prestatori transfrontalieri che distaccano lavoratori sul loro territorio⁴⁹⁷. Chiaramente il sistema di vigilanza della conformità alla direttiva 96/71, per risultare efficace e non sproporzionato od eccessivamente invasivo, deve fondarsi su un adeguato scambio di informazioni e sulla cooperazione amministrativa tra autorità nazionali del Paese di origine e del Paese ospitante.

La proposta prevede inoltre, in favore dei lavoratori distaccati che ritengano di aver subito un pregiudizio in conseguenza della violazione delle condizioni minime di lavoro previste nello Stato ospitante, il diritto di proporre azioni giudiziarie o amministrative e di denunciare, autonomamente o tramite le competenti organizzazioni sindacali, i propri datori di lavoro⁴⁹⁸.

Si è altresì stabilita, limitatamente al settore dell'edilizia (salva la facoltà di estensione ad altri settori da parte degli Stati membri), una peculiare responsabilità solidale dei datori di lavoro per tutelare i lavoratori distaccati nei casi, sempre più frequenti, di sub-contratti a catena, imponendo, tramite misure preventive, determinati obblighi al contraente per quanto riguarda il rispetto delle condizioni di impiego dei lavoratori distaccati da parte dei sub-contraenti⁴⁹⁹. Chiaramente tale responsabilità di diligenza del contraente, per non diventare un eccessivo onere, è condivisa con le autorità dello Stato ospitante cui compete di fatto vigilare sull'attività del sub-contraente al fine di garantire ai lavoratori distaccati l'applicazione della direttiva 96/71. Si è in tale senso sottolineato come l'adempimento dell'obbligo di diligenza in capo al contraente tramite adeguata vigilanza dell'attività del subcontraente dovrebbe esentare da responsabilità il contraente⁵⁰⁰.

Si introduce infine uno strumento per il riconoscimento e l'esecuzione su base reciproca della

⁴⁹⁶ Articolo 7 della Proposta.

⁴⁹⁷ In particolare: l'obbligo di dichiarare l'identità del prestatore, la presenza di lavoratori distaccati chiaramente identificabili, la durata e le ragioni del distacco, il tipo di servizio fornito; l'obbligo di conservare i documenti sociali e di fornirne la relativa traduzione; l'obbligo di designare una persona di contatto tra datore di lavoro e parti sociali (Articolo 9 della Proposta). Non si comprende pienamente se i limiti ai poteri ispettivi dello Stato ospitante vengano in tal modo cristallizzati, risultando inesigibili obblighi di controllo diversi da quelli previsti dalla direttiva, o se invece si tratti di una mera codificazione non esaustiva della principale giurisprudenza intervenuta in materia.

⁴⁹⁸ Articolo 11 della Proposta.

⁴⁹⁹ Articolo 12 della Proposta. La Corte di giustizia (CGUE, sentenza del 12 ottobre 2004, C-60/03, *Wolff*) aveva già ritenuto conforme al diritto comunitario il principio di solidarietà tra appaltante ed appaltatore per i crediti di lavoro, a condizione di non provocare una compressione sproporzionata della libera prestazione dei servizi degli operatori economici transfrontalieri

⁵⁰⁰ V. il Parere del Comitato economico e sociale europeo del 4 luglio 2012, SOC/460, *Distacco di lavoratori*, p. 6. Critica al riguardo è la Confederazione Europea dei sindacati che nel Parere, cit., ha ritenuto non ammissibile tale limitazione di responsabilità.

sanzioni amministrative, la cui determinazione rimane tuttavia di competenza delle autorità nazionali, limitandosi l'ordinamento comunitario a prevedere determinati standard comuni al fine di assicurare che le sanzioni siano efficaci, proporzionate e dissuasive⁵⁰¹.

In sintesi, la proposta, combinando laconiche misure di carattere sostanziale con interventi meramente procedurali, codifica sostanzialmente la giurisprudenza precedente e si limita ad istituire determinati meccanismi di cooperazione e di assistenza tra le autorità nazionali degli Stati membri. La Commissione ha preferito adottare uno strumento di accompagnamento, piuttosto che una normativa di revisione, che non sembra poter risolvere i principali problemi interpretativi che affliggono la direttiva 96/71 relativamente alle condizioni di lavoro applicabili alla manodopera distaccata nell'ambito di una prestazione di servizi⁵⁰². Certamente l'applicazione effettiva ed uniforme della direttiva sul distacco, cui la proposta mira, potrebbe parzialmente sanare tali problemi, senza tuttavia risolverli completamente, in considerazione della mancata valutazione delle specificità che caratterizzano il diritto del lavoro di taluni Stati membri.

Manca, infatti, la volontà di riconoscere la diversità degli ordinamenti giuslavoristici nazionali e di includere nel nocciolo duro di tutela ogni strumento legislativo, amministrativo e contrattuale che disciplina le condizioni di impiego e di trattamento salariale negli Stati membri. In sostanza il problema alla base della causa *Laval* era proprio l'impossibilità di imporre coattivamente al prestatore transfrontaliero di servizi d'applicare ai propri lavoratori distaccati i contratti collettivi negoziati in loco in assenza di una loro dichiarazione d'efficacia generale.

La preoccupazione espressa dalla stessa Corte per i rischi di *dumping* sociale potrebbe essere agevolmente risolta tramite un'interpretazione meno restrittiva e maggiormente flessibile della direttiva sul distacco o attraverso un'estensione del nocciolo duro in favore di un maggiore riconoscimento delle specificità dei singoli sistemi di relazione industriale esistenti negli Stati membri ed in particolare delle peculiarità dei meccanismi nazionali di negoziazione collettiva. La definizione del nocciolo duro di tutela in tal senso potrebbe ancora essere limitata alle materie previste dalla direttiva sul distacco, ma il contenuto dei diritti minimi da accordare ai lavoratori distaccati dovrebbe poter essere regolato tramite tutti gli istituti di diritto del lavoro presenti a livello nazionale. In tal senso, perlomeno in relazione ai problemi applicativi della direttiva sul distacco, si eliminerebbe alla radice il problema del contrasto tra il diritto di sciopero e le libertà fondamentali, che era sorto esclusivamente in ragione della necessità da parte dei sindacati di proteggere il proprio mercato del lavoro e le condizioni salariali e di impiego ivi garantite.

⁵⁰¹ Articolo 17 della Proposta.

⁵⁰² In tal senso v. il Parere del Comitato delle regioni del 19 gennaio 2013, cit., ove si “*deplora che la proposta della Commissione non preveda una revisione, né una modifica della direttiva 96/71/CE, e non sia quindi in grado di affrontare tutte le questioni di fondo sollevate dalla giurisprudenza della Corte, e in particolare quelle concernenti l'estensione dei contratti collettivi, l'ampliamento del "nucleo minimo di norme applicabili", l'applicazione delle disposizioni più favorevoli dello Stato di accoglienza o il rispetto dei diritti sociali fondamentali, come il diritto di sciopero*”.

Se il diritto comunitario garantisse che l'esercizio di una libertà fondamentale sancita dal Trattato non possa in alcun modo comportare fenomeni di *dumping* sociale o pregiudicare in altro modo il diritto nazionale del lavoro non si porrebbe probabilmente nemmeno la questione di dover giustificare la restrizione al mercato alla luce del diritto di sciopero. Risulterebbe in tal senso utile altresì specificare che non può essere interpretata in senso restrittivo la possibilità concessa agli Stati membri dall'articolo 3.7 della direttiva 96/71 d'applicare un trattamento più favorevole ai lavoratori distaccati, precisando così definitivamente che il nocciolo duro di tutela costituisce lo standard minimo e non il livello massimo di tutela applicabile alle imprese che distaccano lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

b) La proposta di regolamento sull'esercizio di azioni collettive nel quadro del mercato interno

Il dibattito⁵⁰³ alimentato dalla giurisprudenza sulle conseguenze della libertà di stabilimento (*Viking*) e della libera prestazione dei servizi (*Laval*) nei confronti del ruolo dei sindacati a salvaguardia dei diritti dei lavoratori in situazioni transfrontaliere ha spinto il legislatore comunitario ad intervenire in materia.

Risulta doveroso fin da subito premettere che la proposta di regolamento sull'esercizio del diritto di sciopero nell'ambito della prestazione di servizi e della libertà di stabilimento⁵⁰⁴ sia stata precocemente ritirata in data 11 settembre 2012, avendo la Commissione ritenuto improbabile che si potesse trovare il consenso politico sufficiente per la sua approvazione in sede di Parlamento e di Consiglio europeo⁵⁰⁵.

Risulta in ogni caso interessante e certamente non superfluo esaminare brevemente i contenuti della proposta al fine di comprendere quale fosse la soluzione ritenuta dalla Commissione ed individuarne i relativi difetti⁵⁰⁶ che hanno spinto tra l'altro i Parlamenti nazionali ad attivare, per la prima volta dalla sua introduzione, il meccanismo di allerta precoce (la c.d. procedura del cartellino

⁵⁰³ V. la *Risoluzione del Parlamento europeo del 22 ottobre 2008 sulle sfide per gli accordi collettivi nell'UE*, 2008/2085(INI) ed ugualmente il Memorandum esplicativo (p. 5) che accompagna la proposta di Regolamento.

⁵⁰⁴ Proposta di Regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, 23 marzo 2012, COM(2012) 130 final. L'ambito applicativo della proposta (servizi e stabilimento) rendeva evidente “*la volontà di adottare uno strumento normativo capace di rispondere alle problematiche originate sia dalla sentenza Laval che dalla sentenza Viking*” G. ORLANDINI, *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona.*, op. cit.

⁵⁰⁵ Sulle ragioni del ritiro della proposta cfr. la *Lettera del Presidente Barroso al Presidente del Parlamento europeo Mr. Martin Shulz*, Memo 12/661, 12 settembre 2012. In una lettera del 12 settembre 2012 inviata ai parlamenti nazionali (Ares(2012)1058907) la Commissione europea si è premurata di evidenziare che considerava comunque la proposta compatibile con il principio di sussidiarietà, sottolineando quindi implicitamente che il ritiro della proposta non fosse da ritenersi come una conseguenza dell'azione intentata dai Parlamenti nazionali contro l'adozione della stessa.

⁵⁰⁶ Si veda in tal senso quanto considerato nel Parere del Comitato delle regioni del 19 gennaio 2013, cit.: “*il diritto di sciopero non deve essere subordinato all'obiettivo complementare di un perfezionamento del mercato interno, non solo perché si tratta di un principio intangibile garantito dalla Carta dei diritti fondamentali, ma anche perché la lex specialis, come definita all'articolo 153 del Trattato, esclude espressamente il diritto di sciopero dal campo di applicazione della legislazione dell'UE*”.

giallo) per bloccare l'adozione a tutela del principio di sussidiarietà⁵⁰⁷.

Lo strumento di risoluzione della tensione tra libera circolazione delle attività autonome e relazioni industriali degli Stati membri proposto dalla Commissione era un regolamento, un atto giuridico vincolante che, stante la diretta applicabilità che lo caratterizza, avrebbe dovuto garantire la certezza del diritto richiesta e assicurare altresì le parti sociali dell'effettività dell'impegno assunto dalle istituzioni europee⁵⁰⁸.

La base giuridica della proposta era stata individuata nell'articolo 352 TFUE, così da poter perseguire uno degli obiettivi previsti dal Trattato (la realizzazione di una economia sociale di mercato) anche in mancanza della previsione nel diritto primario di adeguati strumenti d'azione in tal senso⁵⁰⁹. Tale ritorno all'utilizzo della clausola di flessibilità assume un valore altamente simbolico, considerando la riserva di competenza attribuita agli Stati membri *ex* articolo 153.5 TFUE nella regolamentazione del diritto di sciopero e di associazione sindacale. Proprio il carattere transfrontaliero delle libertà di circolazione, permetteva di giustificare l'utilizzo di siffatta base giuridica, risultando necessaria un'azione a livello comune da parte del legislatore europeo, dal momento che la garanzia dell'esercizio del diritto di azione collettiva non può sufficientemente essere assicurato dagli Stati membri nell'ambito dell'intero mercato interno⁵¹⁰. Tuttavia, considerata la devoluzione alla competenza nazionale del potere di disciplinare il diritto di sciopero, l'intervento comunitario deve rispettare, in conformità ai canonici criteri di proporzionalità e sussidiarietà, le peculiarità dei diversi modelli sociali e la diversità dei sistemi di relazioni industriali esistenti negli Stati membri⁵¹¹.

Venendo alle disposizioni di carattere sostanziale, nella prima parte della proposta erano definiti i principi generali su cui dovrebbe basarsi il rapporto tra azione sindacale e libera circolazione dei servizi nel diritto UE. Al tal fine si introduceva un *clausola di salvaguardia*⁵¹², non sconosciuta al

⁵⁰⁷ In merito all'utilizzo nel caso di specie del Protocollo sull'applicazione del principio di sussidiarietà e di proporzionalità v. il contributo di FABBRINI F. - GRANAT K., *Yellow Card, but No Foul: The Role of the National Parliaments Under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike*, in *Common Market Law Review*, 50-2013, pp. 115-144, ove si evidenzia come la proposta della Commissione fosse di fatto compatibile con il principio di sussidiarietà e come gli Stati membri non fossero stati in grado di individuare alcuna concreta violazione al suddetto principio.

⁵⁰⁸ In questo senso v. il Memorandum esplicativo (p. 9 che accompagna la proposta di Regolamento).

⁵⁰⁹ Si rammenti che proprio l'utilizzo di tale base giuridica, imponendo che il Consiglio deliberi all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo, potrebbe essere alla base della decisione della Commissione di ritirare la proposta, in virtù della necessità di raggiungere un consenso comune tra tutti gli Stati membri.

⁵¹⁰ V. p. 11 del Memorandum esplicativo che accompagna la proposta di Regolamento.

⁵¹¹ Si è a tal riguardo contestato (DE SALVIA A., *La Proposta di Regolamento Monti II in materia di sciopero*, op. cit., p. 256) che se la proposta fosse stata approvata, si sarebbe formalizzata a livello legislativo la contraddizione di consentire che lo sciopero, pur non disciplinabile tramite da una direttiva europea *ex* articolo 153 TFUE, fosse invece disciplinato da un regolamento europeo, "cioè una fonte di diritto derivato addirittura più invasiva dell'autonomia degli Stati membri".

⁵¹² ORLANDINI G., *The Monti II proposal for the regulation and the right to strike in post-Lisbon Europe*, *European Journal of Social Law*, 4-2012, p. 238, ove si critica apertamente tale "safeguard clause that does not safeguard". Secondo l'autore la clausola, eliminando formalmente ogni situazione di conflitto, si pone in netta contraddizione con il resto del regolamento sostanzialmente finalizzato a stemperare le situazioni di contrasto che possono verificarsi nel rapporto tra libertà economiche di circolazione e diritto di azione sindacale.

diritto derivato⁵¹³, il cui scopo era garantire efficacia al diritto di sciopero in caso di conflitto con la libera prestazione di servizi o la libertà di stabilimento. Ai sensi dell'articolo 1, il regolamento non dovrebbe pregiudicare *“l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti negli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero”*, né tanto meno *“il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di promuovere azioni collettive in conformità al diritto e alle prassi nazionali”*. Si è evidenziato al riguardo l'incoerenza sussistente tra tale disposizione e la finalità della proposta che, come desumibile dal titolo della stessa, pareva invece indirizzata a disciplinare il diritto di sciopero (e non meramente a non pregiudicarlo), nell'ambito di un settore ove tra l'altro esiste una riserva esclusiva di competenza in favore degli Stati membri⁵¹⁴.

La proposta, con una disposizione dal forte valore sintomatico, ma di scarsa valenza pratica⁵¹⁵, negava quindi la sussistenza di alcuna priorità tra diritti sociali e libertà economiche, rinforzando la necessità di risolvere eventuali ipotesi di conflitto tramite un reciproco bilanciamento ai sensi del principio di proporzionalità⁵¹⁶. Si è evidenziato come tale disposizione potesse riflettere un tentativo da parte del legislatore d'indirizzare la giurisprudenza della Corte al fine di farle riconsiderare il proprio approccio al conflitto tra diritti sociali e libertà economiche in senso più bilanciato⁵¹⁷, adottando il doppio test di proporzionalità suggerito dall'avvocato generale *Trstenjak*. In senso opposto altra parte della dottrina ha apertamente sconfessato tale valutazione, ritenendo che tale

⁵¹³ La c.d. Clausola Monti risultante dalla combinazione dell'articolo 1, paragrafo 7, della direttiva servizi e dell'articolo 2 del regolamento 2679/98 (Regolamento del Consiglio del 7 dicembre 1998 sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri, GU L 337 del 12 dicembre 1998, p. 8). Tuttavia la Clausola Monti era stata trasversalmente inserita nei suddetti atti di diritto derivato adottati non meramente per regolamentare il diritto di sciopero, ma per disciplinare settori del mercato interno comunitario, la cui regolazione avrebbe potuto comportare una limitazione nell'esercizio del diritto d'azione sindacale che appunto la clausola intendeva evitare. Di diverso avviso, FABBRINI F.-GRANAT K., op. cit., p. 133, sembrano invece sostenere che l'articolo 1 della Proposta di regolamento si riferirebbe all'esercizio del diritto di sciopero solo nelle situazioni puramente interne, che non dovrebbero essere pregiudicate dall'applicazione del regolamento. Tale soluzione non pare tuttavia tenere conto del fatto che la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento già di per sé trovano applicazione esclusivamente in situazioni a carattere transfrontaliero e che dunque l'esercizio del diritto di sciopero o di contrattazione collettiva in ambito puramente interno non può in alcun modo essere pregiudicato dagli effetti espansivi delle libertà di circolazione.

⁵¹⁴ ROCCA M., op. cit., p. 30, ove si sottolinea come *“Regulating the exercise of the right to take collective action without affecting, in any way, such an exercise seems a difficult task”*. Nel medesimo senso DE SALVIA A., *La Proposta di Regolamento Monti II in materia di sciopero*, op. cit., p. 262, ha osservato come il tenore della clausola *“mal si concilia con il resto della proposta di regolamento che, invece, indirettamente riconosce e promuove il giudizio di legittimità così come finora applicato dalla Corte di Giustizia”*.

⁵¹⁵ In questo senso FABBRINI F.-GRANAT K., op. cit., p. 134, hanno evidenziato come tale disposizione non apportasse alcun cambiamento sostanziale all'approccio adottato dal giudice comunitario nel bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche, non garantendo in alcun modo una protezione più efficace del diritto di sciopero.

⁵¹⁶ Ai sensi dell'articolo 2 della proposta *“L'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi sancite nel Trattato rispetta il diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, così come l'esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, rispetta queste libertà fondamentali”*. Tale disposizione riecheggia indubbiamente l'approccio bilanciato e proporzionato al conflitto tra libertà e diritti adottato nelle Conclusioni dell'Avvocato generale *Trstenjak* nella causa *Commissione c. Germania*, cit., che, infatti, sono direttamente menzionate nel Memorandum esplicativo (p. 10) che accompagna la proposta di Regolamento.

⁵¹⁷ In questo senso M. ROCCA, op. cit., p. 28. Tuttavia lo stesso autore (p. 26) evidenzia come non sia coerente con lo spirito di tale disposizione, che pare richiedere una modificazione dell'orientamento giurisprudenziale, quanto poi affermato nel Memorandum esplicativo che accompagna la proposta, ove si precisa che tale nuova conciliazione dovrebbe essere perseguita *“without reversing the case law of the Court”* (p. 10 del Memorandum esplicativo).

disposizione, lungi dal rassicurare “*chi auspica una ridefinizione delle regole di mercato più sintonica con la logica dell'azione sindacale*”, non farebbe altro che introdurre nel diritto positivo il principio configurato nelle sentenze *Laval* e *Viking* che lo sciopero, come qualsiasi altra azione collettiva, costituisce semplicemente un ostacolo al funzionamento del mercato interno “*equiparabile alle misure che gli Stati membri sono chiamati dalle norme del Trattato a rimuovere*”⁵¹⁸.

Nella seconda parte della proposta si rinvenivano invece innovative disposizioni di natura procedurale che prevedevano meccanismi finalizzati a ridurre gli effetti pregiudizievoli causati agli operatori economici dall'esercizio del diritto di azione sindacale ed a promuovere tra le parti sociali l'utilizzo di forme di risoluzione amichevole delle controversie di lavoro.

A tal fine, fatta salva l'autonomia degli Stati membri nella definizione delle prassi nazionali relative all'esercizio pratico del diritto di sciopero, la proposta stabiliva, esclusivamente per i meccanismi nazionali di risoluzione alternativa delle controversie lavorative, l'obbligo della parità di accesso in caso di liti scaturenti da situazioni giuridiche transfrontaliere che coinvolgono le libertà di circolazione nel mercato interno⁵¹⁹.

La responsabilità di raggiungere un effettivo equilibrio tra esercizio del diritto di azione sindacale e libertà di circolazione veniva quindi affidata ai tribunali nazionali cui competeva stabilire “*se e in quale misura l'azione collettiva a norma del diritto nazionale e delle norme dei contratti collettivi applicabili vada al di là di quanto è necessario per conseguire gli obiettivi perseguiti, fatti salvi il ruolo e le competenze della Corte di giustizia*”⁵²⁰. Al giudice comunitario sarebbe invece spettato il ruolo di guidare il collega di diritto comune chiamato a dirimere in concreto la controversia, fornendogli tutti gli elementi interpretativi necessari.

Si prevedeva infine un sistema di allarme rapido in base al quale gli Stati membri sarebbero stati tenuti a comunicare e notificare immediatamente allo Stato membro di destinazione o allo Stato membro di origine del prestatore di servizi e alla Commissione gli atti o le circostanze gravi che potessero perturbare gravemente il corretto funzionamento del mercato unico o causare gravi tensioni sociali⁵²¹.

Il ritiro della proposta di regolamento, pur se per taluni aspetti condivisibile, lascia comunque aperte le questioni proposte dalla giurisprudenza controversa della Corte di giustizia in merito al rapporto

⁵¹⁸ G. ORLANDINI, *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona*, op. cit.

⁵¹⁹ Articolo 3 della proposta.

⁵²⁰ Articolo 3.4 della proposta di Regolamento. Si è osservato come il conferimento al giudice nazionale di un “*invasivo potere di controllo nel merito delle scelte sindacali*” rappresenti un ulteriore conferma del fatto che la Proposta di Regolamento non si discosti sostanzialmente dall'approccio assunto dal giudice comunitario nelle cause *Laval* e *Viking* (DE SALVIA A., *La Proposta di Regolamento Monti II in materia di sciopero*, op. cit., p. 261). Secondo un approccio analogo SABATAKAKIS E., *Chronique de Droit social européen*, in *Revue de l'Union européenne*, 565-2013, p. 128, ove si sostiene che la proposta di Regolamento si limitava a concretizzare la giurisprudenza della Corte sul bilanciamento tra libertà economiche e diritto di sciopero.

⁵²¹ Articolo 4 della proposta di Regolamento.

tra diritto di sciopero e libera circolazione ed impone quindi alle istituzioni comunitarie di attivarsi per presentare una *“una nuova proposta legislativa che vieti espressamente che i diritti sociali fondamentali (diritto alla contrattazione collettiva, diritto all'azione sindacale) possano essere limitati dalle libertà economiche (diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi) e che queste ultime possano giustificare l'elusione delle norme e pratiche nazionali in materia sociale”*⁵²².

Si è tuttavia giustamente evidenziato come un atto di diritto derivato non possa di per sé strutturalmente risultare idoneo a risolvere le problematiche poste dalla giurisprudenza in materia di conflitto tra libertà economiche e diritti sociali, derivando tale contrasto direttamente dal testo dei Trattati. Salvo un *revirement* alquanto improbabile dell'approccio giurisprudenziale adottato nei casi *Viking* e *Laval*, l'unica soluzione per evitare il rischio di erosione dei diritti sindacali potrebbe consistere in un intervento sul diritto primario al fine di introdurre un principio che sancisca in via definitiva il primato dei diritti sociali, ed in particolare dell'autonomia collettiva e del diritto di sciopero sulle libertà economiche di circolazione⁵²³.

⁵²² Parere del Comitato delle regioni del 19 gennaio 2013, cit.

⁵²³ ORLANDINI G., *The Monti II proposal for the regulation and the right to strike in post-Lisbon Europe*, op. cit., p. 240. In senso analogo JACOBS A., *Conclusions concerning the Lisbon Treaty and Social Europe: A Complex Relationship that has only just started to Evolve*, in BRUUN N.-LORCHER K.-SCHOMANN I., op. cit., p. 306, ove si afferma che *“the most direct approach”* ai problemi sul bilanciamento tra interessi economici e sociali risultanti dalla giurisprudenza della Corte *“would be the amendment of primary EU law”*.

Conclusioni

La finalità della ricerca enunciata all'inizio della nostra trattazione consisteva in un'analisi dell'impatto della disciplina comunitaria in materia di circolazione transfrontaliera dei servizi sul bilanciamento tra regole di mercato e politiche di solidarietà. In tal senso ci si proponeva di valutare come la tensione tra politiche sociali e competitività potesse essere conciliata in un settore come la libera prestazione di servizi ove risulta necessario tutelare il diritto alla libera circolazione dei prestatori transfrontalieri ed al contempo salvaguardare i diritti sociali fondamentali dei lavoratori.

Lo stesso titolo della nostra tesi mutuava la formula "*economia sociale di mercato*" quale accolta nel Trattato di Lisbona (articolo 3 TUE) al fine di esprimere, anche nell'ambito della disciplina comunitaria della libera circolazione dei servizi, la necessità di un equo compromesso tra esigenze di giustizia sociale ed esercizio delle libertà economiche di impresa rispetto a qualsiasi intervento statale⁵²⁴.

A tal fine, risultava essenziale, in una prima fase della ricerca, valutare la disciplina in materia di libera prestazione di servizi, quale risultante dalla normativa di diritto primario e derivato e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, alla luce del rapporto tra dimensione sociale ed economica del processo europeo di integrazione. In tale ambito abbiamo potuto constatare come tale relazione tra politiche sociali ed integrazione dei mercati abbia fino a questo momento sostanzialmente riflesso la divisione di competenze tra rispettivamente sfera domestica e sovranazionale. Di conseguenza la preferenza del legislatore comunitario per l'applicazione ai prestatori transfrontalieri della disciplina del Paese di origine e lo stesso sistema di pesi e contrappesi costruito dalla Corte di giustizia per limitare la sfera di intervento dello Stato di destinazione del servizio sui prestatori operanti nel proprio territorio costituiscono l'esemplificazione della necessità delle istituzioni comunitarie di garantire la massima efficacia delle libertà di circolazione, salvaguardando altresì parzialmente il potere di controllo degli Stati membri sul proprio mercato del lavoro.

Come ampiamente illustrato nella prima parte dell'elaborato, il livello di controllo che lo Stato ospitante può esercitare sui prestatori transfrontalieri di servizi operanti nel proprio territorio risulta fortemente limitato dalla necessità di giustificare ogni misura interna restrittiva delle libertà

⁵²⁴ Nel Rapporto al presidente della Commissione europea José Manuel Barroso di Mario Monti del 9 maggio 2010, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea*, p. 76, al fine di equilibrare libertà economiche del mercato e diritti sociali dei lavoratori, coerentemente con il modello dell'economia sociale di mercato adottato nel Trattato di Lisbona, si suggerisce "*un intervento mirato per coordinare più efficacemente l'interazione fra diritti sociali e libertà economiche all'interno del sistema UE*", garantendo "*uno spazio d'azione adeguato ai sindacati e ai lavoratori per difendere i loro interessi e tutelare i loro diritti ad azioni sindacali senza sentirsi indebitamente ostacolati dalle norme che disciplinano il mercato unico*".

economiche alla luce del criterio dell'accesso al mercato. Secondo l'approccio descritto, anche l'esercizio del diritto di sciopero, rendendo per il prestatore di servizi transfrontaliero meno attraente l'esercizio di una libertà economica di circolazione, può rappresentare un ostacolo al mercato che per risultare legittimo deve essere giustificato alla luce della tutela di un interesse generale e proporzionato rispetto allo scopo perseguito. Nel caso di una restrizione illegittima la misura interna del Paese membro ospitante, in quanto contraria al diritto UE, deve restare inapplicata rispetto agli operatori transfrontalieri in provenienza da un altro Stato membro con, di conseguenza, un'ulteriore espansione del principio del Paese di origine.

Nel medesimo senso, abbiamo dimostrato come la stessa clausola di libera prestazione contenuta nel diritto primario, vietando ogni ostacolo alla libera circolazione dei servizi derivanti da un intervento dello Stato ospitante, finisca implicitamente per suggerire che l'applicazione della legislazione del Paese di destinazione del servizio costituisce l'eccezione rispetto al principio del Paese di origine (che rappresenta quindi la regola). Abbiamo quindi illustrato come tale approccio risulti sostanzialmente confermato anche tramite l'affermazione dei principi giurisprudenziali di mutuo riconoscimento, di non discriminazione e d'equivalenza, la cui applicazione conduce a sua volta verso un approccio favorevole alla regola del Paese di origine.

Il principio del Paese di origine che ha trovato genesi e base giuridica nel diritto primario dei Trattati ed evoluzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia nella forma del principio del mutuo riconoscimento, ha consacrato altresì la propria affermazione, nella sua versione della regola dello Stato di provenienza del prestatore, nell'ambito della legislazione di diritto derivato dell'Unione europea in materia di libera prestazione di servizi⁵²⁵.

⁵²⁵ In tale contributo ci si è tra l'altro limitati alla valutazione delle normative previste in materia di servizi dall'ordinamento giuridico dell'UE che rivestono carattere prettamente orizzontale (direttive 96/71 e 2006/123). Tuttavia il principio del Paese di origine è stato assunto quale regola generale anche nella legislazione settoriale progressivamente emanata per favorire la creazione di un mercato unico dei servizi. A titolo non esaustivo possono ritenersi ispirate o ancora ricondotte alla logica del principio del paese di origine con conseguente divieto del doppio regime, nonostante le deroghe o i poteri di supervisione spesso concessi allo Stato di destinazione del servizio, le seguenti fonti di diritto derivato dell'Unione europea: Direttiva 77/388/CE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sul fatturato - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (in GU L 145 del 13.06.1977); Direttiva 92/49/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita e che modifica le direttive 73/239/CEE e 88/357/CEE (terza direttiva assicurazione non vita in GU L 228 del 11.8.1992); direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (in GU L 281 del 23.11.1995); Direttiva 97/36/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (c.d. Direttiva televisioni senza frontiere, in GU n. L 202 del 30/07/19); Direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 1999 relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche (in GU L. 13 del 13 dicembre 1999); Direttiva 2000/31 del Parlamento europeo e del Consiglio dell' 8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico" in GU n. L 178 del 17/07/2000); Direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio (in GU L 126 del 26.5.2000); Direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari (in GU L 145 del 30.4.2004); Direttiva 2005/36 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005 relativa al

La direttiva servizi ha declinato in modo autonomo tale principio, formalizzandone il contenuto ed armonizzando le ragioni imperative che possono giustificare una restrizione alla libera prestazione dei servizi. Questa soluzione, come ampiamente illustrato, rappresenta sostanzialmente un mutuo riconoscimento rafforzato, od ancora meglio, una forma attenuata di principio del Paese di origine, prevedendo una circoscrizione del pubblico interesse che lo Stato membro ospitante può invocare per giustificare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi. L'armonizzazione della categoria aperta delle ragioni imperative precedentemente riconosciuta dalla Corte di giustizia comporta, infatti, una estesa limitazione della regola del Paese di destinazione per tutti quei servizi che rientrano nel campo di applicazione della direttiva⁵²⁶.

A tal riguardo si è posta la questione se l'applicazione del mutuo riconoscimento tra Stati membri possa operare anche in merito alle rispettive legislazioni nazionali in materia di protezione dei lavoratori, o se al contrario tale fiducia reciproca possa legittimamente venir meno ove un Paese membro preveda livelli di tutela del lavoro ampiamente inferiori, ammettendosi quindi in tal caso l'opposizione di barriere agli scambi al fine di evitare corse al ribasso negli standard sociali⁵²⁷. In tale contesto l'analisi della disciplina del distacco dei lavoratori ci ha permesso di evidenziare come il legislatore comunitario abbia concretamente ricercato un compromesso tra esigenze di competitività legate alla garanzia di libera circolazione dei servizi ed obblighi di solidarietà tra Stati membri in relazione alla necessità di proteggere i propri lavoratori dal rischio di *dumping* sociale.

Pur dovendo la Corte di Giustizia ricercare una non facile conciliazione tra la necessità di garantire la circolazione dei servizi ed i diritti sociali dei lavoratori, la preferenza comunitaria per la regola del Paese di origine è parzialmente confermata anche dall'applicazione pratica della direttiva sul distacco. La fissazione di un nocciolo duro di condizioni di lavoro e di impiego definiti dalla legislazione interna e dai contratti collettivi del Paese di esecuzione della prestazione, pur rappresentando un apparente riconoscimento della legge del Paese di destinazione del servizio, trova, infatti, un limite nell'obbligo di compatibilità con il diritto UE, in termini di necessità e di proporzionalità delle condizioni di lavoro ed impiego imposte dal Paese ospitante ai prestatori

riconoscimento delle qualifiche professionali (in GU n. 255 del 30/09/2005); Direttiva 98/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998 volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica (in GU n. L 077 del 14/03/1998). Per un'analisi delle singole norme che stabiliscono il principio del Paese di origine nel contesto di talune delle direttive citate si rimanda al contributo di GARABOL-FURET D., *Plaidoyer pour le principe du Pays d'origine*, Revue du marché commun et de l'UE, n. 495, 2-2006, p. 83-84; ulteriormente e con specifico riferimento alla giurisprudenza GRAHAM F., *Mutual Recognition and Country of Origin in the Case-law of the European Court of Justice*, in BLANPLAIN R., *Freedom of Services in the European Union: Labour and Social Security Law*, 2006, p. 45-49.

⁵²⁶ In tal senso risulta comunque utile evidenziare come la direttiva, al fine di conciliare un approccio meramente commerciale con le esigenze di una solidarietà a scala sovranazionale, abbia escluso talune attività di natura sociale dal proprio ambito operativo (quali i servizi sociali), riservandone la disciplina agli Stati membri.

⁵²⁷ DE SCHUTTER O., op. cit., p. 350, ove si evidenzia come la fiducia debba essere reciproca, nel senso che non solo le autorità nazionali ospitanti devono fidarsi della disciplina applicabile al prestatore nello Stato membro di origine, ma che anche gli stessi prestatori transfrontalieri devono poter confidare che il Paese ospitante sia animato dalla volontà di proteggere gli standard sociali di ogni lavoratore, inclusi quelli distaccati a titolo temporaneo, piuttosto che da intenti protezionistici.

transfrontalieri.

Le contraddizioni tra un'integrazione attuata tramite la disciplina delle libertà di mercato e la realizzazione di una "economia sociale" a livello europeo sono evidenti nelle sentenze della Corte di giustizia oggetto di analisi nella seconda parte dell'elaborato. Tale giurisprudenza, nell'attuazione pratica di tale complesso equilibrio astratto e tramite un'integrazione meramente negativa, sembra aver, almeno in apparenza, subordinato l'esercizio dei diritti sociali (nello specifico di sciopero, d'azione sindacale e di negoziazione collettiva) alla libertà di prestazione dei servizi ed alla libertà di stabilimento.

In tale contesto abbiamo sottolineato come l'approccio proporzionato adottato dalla Corte di giustizia nel bilanciamento tra diritti fondamentali della persona (in particolare il rispetto della dignità umana e la libera manifestazione del pensiero) e libertà di circolazione dovrebbe orientare il giudice comunitario anche nella composizione in senso non gerarchico del conflitto tra diritti sociali e libertà economiche. Ugualmente la stessa adozione del Trattato di Lisbona impone un ripensamento della conciliazione tra mercato e solidarietà, correggendo la sintesi sbilanciata operata dal giudice comunitario coerentemente con il nuovo sistema di valori delineato nel diritto primario.

Le dispute transnazionali in materia di diritto del lavoro oggetto della giurisprudenza delle Corti e delle recenti proposte della Commissione hanno indubbiamente un elemento transfrontaliero che impedisce la tutela del diritto di sciopero a livello domestico. I sistemi industriali di tutela sociale non risultano più immuni dall'espansione delle libertà comunitarie di circolazione e la dottrina del mercato pare ampiamente avere invaso la sfera sociale di competenza nazionale. In tal senso i tradizionali diritti sociali di derivazione nazionale, quali il diritto di sciopero e di contrattazione collettiva, non risultano ulteriormente isolati dal funzionamento del mercato comune quando il conflitto industriale riveste carattere transfrontaliero ed una delle parti può invocare il proprio diritto alla libera circolazione.

In tal senso l'Unione europea con le nuove proposte di regolazione sull'applicazione della direttiva sul distacco e sulla disciplina del diritto di sciopero in senso transnazionale pare aver accettato la propria posizione di responsabilità, intervenendo attivamente e finalmente in senso positivo nel bilanciamento in ambito sovranazionale al fine di attenuare gli effetti espansivi del mercato comune. Il grado di interazione tra ordinamento sovranazionale ed interno risulta tale che ogni tentativo di controbilanciare gli effetti del contrasto tra sfera sociale ed economica debba, infatti, avvenire a livello comunitario, nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà⁵²⁸

In particolare la proposta di regolamento sull'esercizio del diritto di sciopero, precocemente ritirata,

⁵²⁸ POIARES MADURO M., *Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU*, in ALSTON P., *The EU and Human Rights*, Oxford Univ. Press, pp. 449-472, secondo il quale, in virtù del carattere transfrontaliero del conflitto tra diritti e libertà, l'ordinamento comunitario deve naturalmente costituire la sede di conciliazione di tale contrasto.

costituiva proprio il riconoscimento che la natura e gli effetti di un conflitto industriale transfrontaliero possano essere regolati esclusivamente in ambito sovranazionale. Solo una normativa comunitaria, in ragione della sua portata e del suo grado di compenetrazione nei sistemi giuridici nazionali, può offrire una risposta soddisfacente alla sfida posta dalla giurisprudenza nei casi *Viking* e *Laval*. In sintesi, dal momento che la risposta nazionale in tale settore risulterebbe insufficiente e che un intervento comunitario risulterebbe invece più appropriato anche alla luce del principio di sussidiarietà, la risposta al conflitto tra libertà economiche e diritti sociali nato nella giurisprudenza risiede nell'intervento regolatore dello stesso legislatore sovranazionale⁵²⁹ e non in un mero ritorno alla compartimentazione dei mercati nazionali.

Un intervento legislativo nel settore dei diritti sociali può offrire una struttura costituzionalizzante, garantisce la certezza del diritto per lavoratori e prestatori in merito a cosa sia legittimo o meno, permette di chiarificare la giurisprudenza della Corte e di orientare l'attività futura di giudici comunitari e nazionali, fornendo all'intervento comunitario un *imprimatur* democratico, fortemente latente in tale settore in assenza d'una integrazione positiva⁵³⁰.

Da quanto descritto nella ricerca e qui sopra brevemente sintetizzato se ne deduce che il principio del Paese di origine pare tuttora costituire, in assenza di un rinnovato impulso all'armonizzazione delle legislazioni nazionali, uno strumento essenziale del processo di integrazione tra i mercati degli Stati membri con conseguente riduzione del margine di intervento dello Stato di esecuzione della prestazione sul proprio mercato del lavoro. Un eventuale ritorno all'applicazione del Paese di destinazione del servizio, seppur dettata da intenti solidaristici, costituirebbe tuttavia un'inutile regressione, oltre a significare una destrutturazione del mercato unico dei servizi, con conseguente segnale di debolezza dell'intera costruzione dell'ordinamento giuridico dell'UE.

L'unica soluzione alternativa all'applicazione della normativa del Paese di stabilimento dell'operatore economico rimane tuttora l'integrazione positiva⁵³¹ tramite una politica europea di armonizzazione volta all'avvicinamento delle legislazioni nazionali, già proposta in modo settoriale agli albori della creazione di un mercato unico dei servizi, solo parzialmente completata e rimpiazzata dalla progressiva affermazione del principio del Paese di origine. Tuttavia, in mancanza di una volontà comune a livello politico dei Paesi membri dell'UE nel senso di permettere all'Unione europea di legiferare “*per tutti*”, prevedendo un sistema di regole e di tutele omogeneo, tale forma di integrazione, certo superiore ed auspicabile, non pare attualmente prospettabile, come

⁵²⁹ FABBRINI F.-GRANAT K., op. Cit. p. 140.

⁵³⁰ KILPATRICK C., *Internal Market Architecture and the Accommodation of Labour Rights: As Good as it Gets?*, EUI Working Papers LAW No. 2011/04, p. 23.

⁵³¹ In questo senso JACOBS A., *Conclusions*, op. cit., ove si sostiene che la mera interpretazione giuridica di diritti e libertà operata in via pretoria dalle Corti non risulti sufficiente, essendo invece necessario un intervento a livello diritto primario per rafforzare la dimensione sociale nel processo di integrazione europea e per sancire in via definitiva il primato, perlomeno sul piano delle finalità, delle politiche sociali sul mercato.

peraltro confermato dall'impossibilità di raggiungere un accordo, seppur minimale, sulla proposta della Commissione in materia di diritto di sciopero.

Il principio del Paese di origine può indubbiamente assicurare una integrazione maggiore tra i mercati nazionali e garantire allo stesso tempo una cooperazione più stretta tra Stati membri. Certamente una integrazione positiva tramite un'armonizzazione generalizzata su scala europea delle condizioni d'accesso e di esercizio della libera prestazione dei servizi potrebbe risolvere la questione della legislazione applicabile agli operatori economici transfrontalieri. Tuttavia questa soluzione non sembra in tale fase del processo di integrazione ancora praticabile, sia in termini di volontà politica, sia in termini di competenze e di rispetto del principio di sussidiarietà. Una soluzione praticabile potrebbe essere una armonizzazione minimale che fissi un nocciolo duro di protezione comune a livello europeo per garantire delle condizioni di accesso e di esercizio standardizzate. In risposta alle imperfezioni comunque derivanti dalla concorrenza transfrontaliera ed ai rischi di *dumping* sociale risultanti dalla preferenza giurisprudenziale per il massimo grado di effettività delle libertà di circolazione, si potrebbe perlomeno tentare di estendere quanto già previsto per il solo distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, garantendo su tutto il territorio comunitario condizioni minime comuni di tutela sociale ad ogni operatore economico, che eserciti attività autonoma o subordinata anche a titolo meramente temporaneo.

Bibliografia

Opere consultate

AA.VV., Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano, Cedam, Padova, 1988.

AJANI G. - BENACCHIO G. (a cura di), Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea, Torino, Giappichelli, 2009.

ALES E. - NOVITZ T. (a cura di), Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe. Striking the balance, Intersentia, Antwerp – Oxford, 2010.

ALSTON P. (a cura di), The EU and Human Rights, Oxford University Press, 1999.

ANDENAS M., ROTH W.-H. (a cura di), The Provision of Services in the EU, Oxford, 2002.

BAILLEUX A., Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur, Brussels, Fusl-Bruylant, 2009.

BANO F., Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione europea, Bologna, il Mulino, 2008.

BARNARD C., The substantive Law of the EU: the Four Freedoms, Oxford University Press, 2010

BARNARD C. - GEHRING M. - SOLANKE I. (a cura di), Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Volume 14, 2011-2012, Oxford: Hart Publishing, pp. 419-452.

BESTAGNO F. - RADICATI DI BROZOLO L.G. (a cura di), Il mercato unico di servizi, Milano, 2007.

BLAINPLAIN R. (a cura di), Freedom of Services in the European Union: Labour and Social Security Law, 2006.

BLANPAIN R. (a cura di), The Laval and Viking Cases: Freedom of Services and Establishment V. Industrial Conflict in the European Economic Area and Russia, Kluwer Law International, 2009.

BRUUN N. - LORCHER K. - SCHOMANN I. (a cura di), The Lisbon Treaty and Social Europe,

Oxford, Hart Publishing, 2012.

BUCKER A. - WARNECK W. (a cura di), Viking – Laval – Ruffert: Consequences and policy perspectives, Bruxelles, ETUI, 2010.

CANTARO A., Il diritto dimenticato. Il lavoro nella Costituzione europea, Giappichelli, 2007, p. 62.

CARTABIA M., Principi inviolabili ed integrazione europea, Giuffrè, 1995.

CHALMERS D., MONTI G., DAVIES G, European Union law, Cambridge, 2010.

CONDINANZI M. - LANG A. - NASCIMBENE B., Citizenship of the Union and Free Movement of Persons, Brill, 2008.

CRAIG P., The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform, OUP, 2011.

CREMONA M., Market integration and public services in the European Union, Oxford university press, 2011.

DANIELE L., Diritto del mercato unico. Cittadinanza, libertà di circolazione, concorrenza, aiuti di Stato, Milano, Giuffrè Editore, 2006.

DE VRIES S. A. - BERNITZ U. - WEATHERILL S. (a cura di), The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon, Hart Publishing 2013.

DE BURÇA G., EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity (edited), Oxford University Press, 2005.

DE BURÇA G., Social Rights in Europe, Oxford University Press 2005.

DEL GATTO S., Il metodo aperto di coordinamento: amministrazioni nazionali e amministrazione europea, Jovene, Napoli, 2012.

DOLLAT P., La citoyenneté européenne. Théorie et statuts, Bruxelles: Bruylant, 2008.

DOUGAN M. - SPAVENTA E. (a cura di), Social Welfare and EU Law, Hart Publishing, Oxford, 2005.

DUBOS O. - KAUFFMANN O. (a cura di), L'Europe des services – L'approfondissement du

marché intérieur, Collection droits européens, Editions A. Pedone, 2009.

GIALDINO C. (a cura di), Codice dell'Unione europea operativo, Simone, 2012.

GIUBBONI S. - ORLANDINI G., La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea, Bologna, Il Mulino, 2007.

GIUBBONI S., Social rights and Market freedoms in the European Constitution: A Labour Law Perspective, Cambridge University Press, 2007, p. 16.

HARTLEY T. C., The foundations of European Law: An introduction to the constitutional and administrative law of the European Union, Oxford University Press, 2010.

HATZOPOULOS V., Regulating services in the European Union, Oxford University Press, 2012.

KRAJESKI M - NEERGARD U. - VAN DE GRONDEN J. (a cura di), The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity, T. M. C. Asser Press, 2009.

LIANOS I. - ODUDU O. (a cura di), Regulating Trade in Services in the EU and the WTO: Trust, Distrust and Economic Integration, Cambridge, 2012.

MENGOZZI P., Casi e materiali di diritto comunitario e dell'Unione Europea, Padova, 2006.

NOGLER L. (a cura di), Le attività autonome, Torino, Giappichelli, 2006.

RODRIGUES S., Les services sociaux et de santé d'intérêt général: droits fondamentaux versus marché intérieur?, Collectif SSIG, Editions Bruylant, Bruxelles, 2006.

ROSS M. - BORGMANN-PREBIL Y. (a cura di), Promoting solidarity in the European Union, Oxford University Press, 2010.

ROSSI L. S. (a cura di), Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea, Giuffrè, Milano 2002.

ROSSI L. S. (a cura di), Il Progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 2004.

STROZZI G, Diritto dell'Unione Europea, Torino, 2006.

TESAURO G., Il diritto dell'Unione europea, CEDAM, Padova, 2010

TIZZANO A., Commentario ai Trattati comunitari, Giuffrè, 2004

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

WOUTERS J. - VERHEY L. - KIJVER P. (a cura di), European Constitutionalism beyond Lisbon, Antwerpen, 2009

ZANOBETTI A., Diritto internazionale del lavoro. Norme universali, regionali e dell'Unione europea, Giuffrè Editore, Milano, 2011

Articoli e contributi in Collettanee

ALEMANNO A., A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur, in *Revue du droit de l'Union européen*, 4(2004), pp. 709-51.

ALES E., GAETA L., ORLANDINI G., Collective Action in Italy. Conceptualising the right to strike, in ALES E., NOVITZ T. (a cura di), *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe. Striking the balance*, Intersentia, Antwerp – Oxford, 2010.

ALLAMPRESE A., G. ORLANDINI, Nota sulla proposta di direttiva concernente l'applicazione della direttiva 96/71, CGIL, Segretariato per l'Europa, Ufficio giuridico e vertenze Legali, Roma, 18 maggio 2012.

ANNABOLIS P., La libre circulation des services dans l'Union européenne: évolution et perspectives, *Revue du Marché Unique Européen*, 2/1994, p. 173 et ss.

AZOULAI L., The Court of Justice and the Social Market Economy: the Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realisation, *Common Market Law Review*, 45(2008), p. 1346 et ss.

BAILLEUX A, Fundamental rights as sources of trust and voices of distrust in the European internal market, in LIANOS I-ODUDU O (a cura di), *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO: Trust, Distrust and Economic Integration*, Cambridge, 2012.

BALANDI G.G., La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro, in Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali, 1998 n° 20, p. 115 ss et ss.

BALLESTRERO M. V., Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia bilancia il diritto di sciopero, in Lavoro e diritto, anno XXII, n. 2, 2008, Bologna, il Mulino, pp. 371-391

BARATTA R., I diritti fondamentali nei recenti atti normativi comunitari, in Atti del Convegno "Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma", Firenze, 2006.

BARNARD C. e DEAKIN S., Market Access and Regulatory Competition, Jean Monnet working paper n. 9.

BARNARD C., Unravelling the Services Directive, in Common Market Law Review, 2008 (45), pp. 376 et ss.

BARNARD C., A Proportionate Response to Proportionality in the Field of Collective Action, European Law Review, (2012) 37, p. 117 et ss.

BENOIT-ROHMER F., Les droits de l'homme dans l'Union européenne: de Rome a Nice, in L. S. ROSSI L. S (a cura di), Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea, Giuffrè, Milano 2002.

BERARDIS G., La direttiva generale in materia di servizi, in BESTAGNO F. - RADICATI DI BROZOLO L.G. (a cura di), Il mercato unico di servizi, Milano, 2007

BERCUSSON B., The Lisbon Treaty and Social Europe, ERA Forum, 1-2009.

BIANCO G., RAGUES G., La Cour de justice et la libre prestation de services: entre proportionnalité et droits fondamentaux, STALS Research Paper N. 1/2012.

BIONDI A., Alla caccia dei limiti esterni della libera circolazione dei servizi, in BESTAGNO F., RADICATI DI BROZOLO L.G. (a cura di), Il mercato unico di servizi, Milano, 2007.

BLANPAIN R., Laval and Vikings: Who pays the price, in R. BLANPAIN (a cura di), The Laval and Viking Cases: Freedom of Services and Establishment V. Industrial Conflict in the European Economic Area and Russia, Kluwer Law International, 2009.

BRUUN N.- LORCHER K.-SCHOMANN I., Introduction, in BRUUN N.- LORCHER K.-

SCHOMANN I. (a cura di), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

CARABELLI U., Note critiche a margine delle sentenze Viking e Laval, 2008, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 117, anno XXX, 2008, 1, Milano, FrancoAngeli, pagg. 147-166

CARABELLI U., Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011.

CARUSO B., I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking), in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona". INT – 61/2008.

CAVALLINI J., Les libertés de circulation: marchandises, capitaux, prestation de services et établissement (de juillet 2006 à juin 2007) - 4ème partie : Liberté d'établissement, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, N°513, décembre 2007, p.642 et ss.

CAVALLINI J., Les libertés de circulation : marchandises, capitaux, prestation de services et établissement (juillet 2006 à juin 2007) - 2ème partie: Libre prestation de services, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, N°513, décembre 2007 , p. 600 et ss.

CISOTTA R., Commento all'articolo 9 TFUE, in GIALDINO C. (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Simone, 2012.

CORTI M., Le Decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa Sociale, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008, II, p. 249 et ss.

D'ACUNTO S., Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, 2, pp. 267 et ss.

DAVIES G., The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration, in *European law review*, 2007, Volume 32-2, pp. 232-245.

DAVIES G., One step forward, two steps back? The Viking and Laval cases in the ECJ, 37, in *Industrial Law Journal* (2008), pp. 126-148.

DEAKIN S., *Regulatory Competition after Laval*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies,

10-2008, p. 581 et ss.

DEAKIN S., The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy, in BRUUN N.-LORCHER K.-SCHOMANN I. (a cura di), The Lisbon Treaty and Social Europe, Oxford, Hart Publishing, 2012.

DEFOSSEZ A., Commentaire à la proposition de révision de l'article 3 de la directive relative à l'exécution de la directive détachement, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, I-2013, pp. 53-75.

DE SALVIA A., La Proposta di Regolamento Monti II in materia di sciopero, *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 2012, III, pp. 254 et ss.

DE SALVIA A., Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 98/2012.

DE SCHUTTER O., Transborder provisions of services and Social dumping: rights-based mutual trust in the establishment of the Internal Market, in I. LIANOS and O. ODUDU (a cura di), *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO: Trust, Distrust and Economic Integration*, Cambridge University press, 2012,

DE SCHUTTER O., FRANCO S., La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie, *Cahiers de droit européen*, 2005, pp. 604-659.

DE VRIES S.A., The Protection of Fundamental Rights within Europe's Internal Market after Lisbon – An Endeavour for More Harmony, in DE VRIES S.A., BERNITZ U., WEATHERILL S. (a cura di), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Hart Publishing 2013.

DI FEDERICO G., La sentenza Kucukdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010 II, pp.1001- 1010.

DORSSEMONT F., Values and Objectives, in BRUUN N.- LORCHER K.-SCHOMANN I., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

ELIASOPH I. H., A "Switch in Time" for the European Community? Lochner Discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe, *Columbia Journal of European Law* 14 (2008), pp. 467 et ss.

FABBRINI F. - K. GRANAT, *Yellow Card, but No Foul: The Role of the National Parliaments Under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike*, *Common Market Law Review*, 50-2013, pp. 115-144.

FONTANA G., *La libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in *Rassegna Diritto Pubblico Europeo*, 2010, n. 2, pp.169 et ss.

GAGLIARDI M., *La tutela dei diritti fondamentali nella Comunità europea. Analisi di un processo sospeso tra rischi di aporie e nuove aperture*, *Rivista della Corte dei Conti*, 2002, marzo, appendice n. 2, pp. 368 et ss.

GARABIOL-FURET D., *Plaidoyer pour le principe du Pays d'origine*, *Revue du marché commun et de l'UE*, n. 495, 2-2006, p. 83 et ss.

GIUBBONI S., *Social Europe after Lisbon Treaty. Some Sceptical Remarks*, in *European Journal of Social Law*, 4-2011, p. 247 et ss.

GRAHAM R., *Mutual Recognition and Country of Origin in the Case-law of the European Court of Justice*, in BLANPAIN R. (a cura di), *Freedom of Services in the European Union: Labour and Social Security Law*, 2006.

GROUSSOT X.-PETURSSON G.T., *Balancing as a judicial Methodology of EU Constitutional Adjudication*, in DE VRIES S.A., BERNITZ U, WEATHERILL S. (a cura di), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Hart Publishing 2013.

HATZOPULOS V., *Que reste-t-il de la directive sur les services?*, *Cahiers de droit européen*, 3-4/2008 (vol. 43), pp. 299-358.

JACOBS A., *Services of General Interest and the Treaty of Lisbon*, in BRUUN N. - LORCHER K. - SCHOMANN I. (a cura di), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

JACOBS A., *The social Janus head of the European Union: social market economy versus ultraliberal policies*, in WOUTERS J.-VERHEY L.-KIJVER P., *European Constitutionalism beyond Lisbon*, Antwerpen, 2009, pp. 111-128.

JACOBS A., *Conclusions concerning the Lisbon Treaty and Social Europe: A Complex Relationship that has only just started to Evolve*, in BRUUN N. - LORCHER K. - SCHOMANN I. (a cura di), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

JIMÉNEZ GARCÍA F., Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 28 (2007), pp. 777-817.

JOERGES C.- RODL F., Reconceptualizing the constitution of Europe's post-national constellation – by dint of conflict of laws, in LIANOS I. – ODUDU O. (a cura di), *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO: Trust, Distrust and Economic Integration*, Cambridge, 2012.

KACZOROWSKA A., A review of the Creation by the European Court of Justice of the right to an effective and speedy medical treatment and its outcomes, in *European Law Journal*, 12, 2006, pp. 346 et ss.

KILPATRICK C., Internal Market Architecture and the Accommodation of Labour Rights: As Good as it Gets?, in *EUI Working Papers LAW No. 2011/04*.

KLOSSE S., Balancing Europe's economic and social goals: fighting a losing battle?, in *European Journal of Social Law*, 3-2012, pp. 182 et ss.

KOLLONAY C., LORCHER K., SCHOMANN I., The Lisbon Treaty and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in BRUUN N. - LORCHER K. - SCHOMANN I. (a cura di), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

LORCHER K., Social Competences, in BRUUN N.- LORCHER K.-SCHOMANN I., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

MALATESTA A., Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?, in BESTAGNO F. - RADICATI DI BROZOLO L.G., *Il mercato unico di servizi*, Milano, 2007

MALMBERG J. - SIGEMAN T., Industrial Action and EU Economic Freedoms—The Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice, in *Common Market Law Review*, 45 (2008), pp. 1115–1146.

MANCINI A., Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 1988.

MASTROIANNI R., La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali, in BESTAGNO F., RADICATI DI BROZOLO L.G. (a cura di), *Il mercato unico*

di servizi, Milano, 2007.

MENGOZZI P., La tutela dei diritti umani nella giurisprudenza comunitaria, in ROSSI L.S. (a cura di), Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea, Giuffrè, Milano 2002.

MINGASSON J. P., De la proposition législative à l'adoption de la directive services, in DUBOS O., KAUFFMANN O. (a cura di), L'Europe des services – L'approfondissement du marché intérieur, Collection droits européens, Editions A. Pedone, 2009.

MORIJIN J., Balancing fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution, in European Law Journal, 12 (2006), pp. 15-40

NASCIMBENE B., Le eccezioni ai principi. Interessi generali e ordine pubblico, in F. BESTAGNO, L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), Il mercato unico di servizi, Milano, 2007, pp. 51-53

NEAL, The Country of Origin Principle and Labour Law in the Framework of the European Social Model, in R. BLANPAIN (a cura di), The Laval and Viking Cases: Freedom of Services and Establishment V. Industrial Conflict in the European Economic Area and Russia, Kluwer Law International, 2009.

NEERGARD U., Service of General Economic Interest: The Nature of the Beast, in KRAJESKI M.-NEERGARD U.-VAN DE GRONDEN J (a cura di)., The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity, T. M. C. Asser Press, 2009.

NOGLER L., Introduzione al mercato unico delle attività autonome, in NOGLER L. (a cura di), Le attività autonome, Torino, Giappichelli, 2006.

NOVITZ T., The impact of Viking and Laval: Contesting the social function and legal regulation of the right to strike, in ALES E., NOVITZ T. (a cura di), Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe. Striking the balance, Intersentia, Antwerp – Oxford, 2010.

ORLANDINI G., Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 66/2008.

ORLANDINI G., La proposta di regolamento Monti II e il diritto di sciopero nell'Europa post-

Lisbona, 2012, Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa, www.europeanrights.eu

ORLANDINI G., La libertà di circolazione dei lavoratori subordinati, in SCIARRA S. - CARUSO S. (a cura di), Il lavoro dipendente, tomo V, p. 558, in AJANI G. - BENACCHIO G. (a cura di), Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea. Torino, Giappichelli, 2009.

ORLANDINI G., The Monti II proposal for the regulation and the right to strike in post-Lisbon Europe, in *European Journal of Social Law*, 4-2012, pp. 238 et ss.

PALLINI M., La proposta di direttiva Bolkenstein: tanto rumore per nulla?, in G. GIACOBBE (a cura di), *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, Milano, 2008, pp. 981-986.

PELKMANS J., How social is the single market?, 2010, Centre for European Policy Studies Commentary.

PELLEGRINO P., Réflexion autour du principe du pays d'origine, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2010, n. 3, novembre, pp. 549-568

PERUZZETTO S. P., Pluralité des méthodes pour la diversité des normes, l'exemple de la directive service, in DUBOS O. - KAUFFMANN O. (a cura di), *L'Europe des services – L'approfondissement du marché intérieur*, Collection droits européens, Editions A. Pedone, 2009.

PESSI R., Dumping sociale e diritto del lavoro, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, n. 3, Dicembre 2011, pp. 617 et ss.

POIARES MADURO M., Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU, in ALSTON P. (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, pp. 449-472.

PRIETO C., Libertés d'établissement et de prestation de services, Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance, in *Revue Trimestrielle de droit européen*, 43/2007, pp. 86 et ss.

REICH N., Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the Laval and Viking Cases before the ECJ, in *Juridica International*, 2007.

ROCCA M., The Proposal for a (so-called) 'Monti II' Regulation on the Exercise of the Right to Take Collective Action within the Context of the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services, in *European Labour Law Journal*, 3-2012, pp. 23 et ss.

RODIERE P., Les arrêts Viking et Laval, le droit de greve et le droit de négociation collective, in *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2008, pp. 47-66.

ROSENFELD M., Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court, in *Cardozo Legal Studies Research Paper No. 157*, mai 2006.

ROSSI L.S., I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 13 dicembre 2007.

RUSSO T., Commento all'articolo 3 TUE, in GIALDINO C., *Codice dell'Unione europea operativo*, Simone, 2012.

SABATAKAKIS E., Chronique de Droit social européen, in *Revue de l'Union européen*, n. 565-2013, pp. 128 et ss.

SCHEPEL H., Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law, in *European Law Journal*, 18 (2), 2012, pp. 177-200.

SCHIAVONE R., Il distacco nel diritto comunitario, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2009.

SCIARRA S., Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo, in *Lavoro e Diritto*, n. 2-2008, pp. 245-269.

SCHOMANN I., The Lisbon Treaty: a more social europe at last?, *ETUI Policy Brief*, (2010) 1.

SILVIA S. J., The Social Charter of the European Community: A Defeat for European Labor, in *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 44, No. 4 (Jul., 1991), pp. 626-643.

SNELL, J., The notion of market access: a concept or a slogan?, in *Common Market Law Review*, (2010) 47, pp. 437-472.

STROZZI G., Limiti e Controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009.

SYRPIS P., The treaty of Lisbon: Much Ado...But About What?, in *Industrial Law Journal*, 37-2008, p. 219.

TANCREDI A., L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria, in

Rivista di diritto internazionale, 2006/3 , pp. 644-692.

TIZZANO A., La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales, in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 1/2006, pp. 9-21.

VAN DE GROENDEN J., DE WAELE H., All's Well That Bends Well? The Constitutional Dimension to the Services Directive, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 6, Issue 3, October 2010, pp. 402 et ss.

VAN HOEK A.A.H.-HOUWERZIJL M., 'Posting' and 'posted workers' – The need for clear definitions of two key concepts of the Posting of Workers Directive., in BARNARD C.-GEHRING M.-SOLANKE I (a cura di)., *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 14 2011-2012, pp. 419-452.

VENEZIANI B., La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia, in *Rivista giuridica del Lavoro*, 2008, II, pp. 301 et ss.

VENEZIANI B., The role of the social partners in the Lisbon Treaty , in BRUUN N.- LORCHER K.-SCHOMANN I., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

VETTORI G., Fundamental and social rights: a discussion between two crisis, in *European Journal of Social Law*, 4-2011, pp. 241 et ss.

VIARENGO I., Lavoratori distaccati, principio dello Stato di origine e libera prestazione di servizi: much ado about nothing?, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007.

VIELLE P., How the Horizontal Social Clause can be made to Work: The Lessons of Gender Mainstreaming, in BRUUN N.-LORCHER K.-SCHOMANN I., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

VILLANI U., I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e diritto italiano, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Editoriale Scientifica, 2008.

ZILIO GRANDI G., Il dumping sociale intracomunitario alla luce della piu recente giurisprudenza CGE. Quando la libertà economica prevale sui diritti sociali, in *Atti del Convegno Nazionale Nuovi assetti delle Fonti del diritto del lavoro*, CASPUR-CIBER Publishing, 2011.