

**Nota a sentenza del 15 luglio 2010 della Corte di giustizia europea
(causa C-271/08)**

di MARCO MARIA CARLO COVIELLO

SOMMARIO: Premessa 1. Il quadro di riferimento; 2. L'oggetto della decisione; 3. Il contesto normativo; 4. Il percorso argomentativo della Corte; 5. I precedenti della sentenza C-271/2008 e le prospettive della contrattazione collettiva nell'ambito dei regimi previdenziali nazionali; 6. Il ruolo delle parti sociali e la sentenza C-74/2009; 7. Prospettive applicative; 8. Conclusioni.

1. Premessa.

Il processo d'integrazione europea presuppone la conciliabilità tra libertà e diritti fondamentali sanciti dal diritto comunitario.

L'interpretazione della Corte di giustizia europea in merito è considerata molte volte orientata da una prospettiva in cui la concorrenza diventa elemento preminente.

Il presente lavoro è finalizzato alla ricerca di una possibile diversa ricostruzione sistematica della giurisprudenza comunitaria.

Si cercherà di valutare se i vari arresti della Corte di Lussemburgo si prestino a un'interpretazione in cui il contemperamento delle libertà economiche con i diritti fondamentali non si traduca necessariamente in una compressione di questi ultimi; se, quindi, di là da una valutazione sulla singola sentenza non emerga invece un quadro d'insieme in cui la contrattazione non sia compromessa ma esaltata e in cui la stessa autonomia collettiva sia considerata come uno strumento alternativo per raggiungere le stesse finalità generalmente conseguite attraverso la disciplina pubblicistica.

In altri termini, si tenterà di verificare se alla contrattazione collettiva non sia attribuita, soprattutto nell'ambito della previdenza complementare, oltre alla funzione esplicita di derogare alla libertà di stabilimento e di concorrenza anche quella implicita di conciliare le istanze sociali con le libertà fondamentali.

In tale prospettiva la contrattazione potrebbe diventare uno strumento pienamente equiparabile all'intervento pubblico del legislatore, che sembra, poi, essere idoneo a derogare al principio di tutela della concorrenza limitando quindi alcune libertà fondamentali.

La contrattazione come strumento derogatorio e luogo di sintesi d'interessi alternativo alla legislazione pubblicistica implica anche un diverso rapporto tra fonti,

ovvero una diversa commistione tra gli elementi delle stesse, creando così un'interrelazione più adatta alla complessità dei fenomeni da regolare e alle plurali finalità da conseguire, tanto da potersi quasi identificare, nell'ambito di una struttura comunitaria basata sul modello della sussidiarietà, un sistema di fonti in cui per determinate materie la capacità di deroga dello strumento contrattuale nei riguardi di alcune libertà fondamentali sembra attribuire un ruolo prioritario alla contrattazione collettiva.

Corollario di tale nuovo o, quantomeno, diverso rapporto tra fonti è anche l'attribuzione ai soggetti "legittimati alla contrattazione" collettiva di funzioni fino a oggi attribuite a organi pubblici.

Questa ulteriore attribuzione di funzioni incontra, però, gli stessi limiti e le stesse possibili distorsioni connesse, per esempio, a un'attribuzione di competenza pubblica, con la conseguenza che l'intervento delle parti sociali risulta prioritariamente prefigurato secondo una dimensione necessariamente nazionale, coincidente il più possibile con una disciplina a efficacia generalizzata e totalizzante che impedisca tentazioni localistiche. In tale prospettiva, la funzione della contrattazione collettiva nazionale appare esaltata, diventando lo strumento attraverso cui garantire un processo di osmosi che garantisca l'omogeneizzazione dei livelli di tutela e delle prestazioni per i lavoratori.

1. Il quadro di riferimento.

La Corte di giustizia con la sentenza C-271/2008 prosegue nella progressiva individuazione e delimitazione degli effettivi poteri riconosciuti agli stati nazionali in materia previdenziale¹.

Nell'ambito di tali attribuzioni lo stesso rinvio² da parte degli stati nazionali all'autonomia contrattuale non appare neutrale, né sembra illimitato³ l'ambito

¹ Come noto le disposizioni UE sul coordinamento in materia di sicurezza sociale non costituiscono un sistema unico europeo. Tale armonizzazione non è possibile da un punto di vista politico, giacché di sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri sono il risultato di tradizioni di lunga data, ben radicate nella cultura e nelle preferenze nazionali. F. MARCHETTI E I. CHERUBINI, *La previdenza complementare e le libertà fondamentali del Trattato sull'Unione Europea*, in www.archivioceradi.luiss.it, sottolineano come "il regolamento di coordinamento dettato in materia di previdenza sociale dei cittadini europei nonostante elimini gli ostacoli di ordine previdenziale alla libera circolazione dei lavoratori non elimina la differenza tra i diversi sistemi pensionistici. In assenza di un sistema europeo di sicurezza sociale e nella necessità che i lavoratori che circolano in Europa non perdano i diritti previdenziali acquisiti con il lavoro, le norme di coordinamento e armonizzazione si sono rilevate l'unico strumento in grado di realizzare la libertà fondamentale di circolazione nel lavoratore nel territorio UE". Si veda il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 883/2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, così come modificato dai Regolamenti 988 e 987 del 16 settembre 2009.

oggettivo di competenza attribuito alla contrattazione collettiva in materia previdenziale.

Punto di partenza è il riconoscimento della competenza esclusiva degli Stati nazionali nella scelta dei sistemi previdenziali da adottare⁴.

Sia nella sentenza CISAL⁵, causa C-218/2000, del 22 febbraio 2002, che nella sentenza Kattern⁶, causa C-250/07, del 5 marzo 2009 la Corte di giustizia riafferma

² Per quanto riguarda le disposizioni sulla previdenza complementare, si osserva come l'impostazione del legislatore comunitario non sia cambiata, e come i regimi di previdenza complementare di fonte contrattuale collettiva continuino a essere esclusi dai sistemi di coordinamento disciplinati dai regolamenti comunitari. V. in proposito, M. CICCÙ e A. COSTA, *Salvaguardia dei diritti previdenziali all'interno dell'Europa*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2010.

³ V. nota al sesto considerando del Reg. 883/2004, dove si prevede che "lo stretto legame fra la legislazione sulla sicurezza sociale e le disposizioni contrattuali che integrano o sostituiscono tale legislazione e che sono state oggetto di una decisione da parte delle autorità pubbliche che le ha rese vincolanti o che ne ha esteso l'ambito di applicazione può richiedere una protezione analoga, per quanto concerne la loro applicazione, a quell'offerta ai sensi del presente regolamento";.

⁴ Libro verde, del 7 luglio 2010, intitolato «Verso sistemi pensionistici adeguati, sostenibili e sicuri in Europa» COM(2010) 365, dove si legge "è compito degli Stati membri erogare le prestazioni previdenziali: questo Libro verde non mette in discussione le prerogative degli Stati né il ruolo delle parti sociali e non suggerisce che esista un modello "ideale" di sistema pensionistico, adatto a ogni situazione. I principi della solidarietà tra generazioni e della solidarietà nazionale sono fondamentali. I sistemi pensionistici nazionali sono affiancati a livello dell'UE da un quadro di attività che vanno dal coordinamento delle politiche alla regolamentazione. Alcuni temi comuni richiedono un coordinamento degli interventi: è il caso del funzionamento del mercato interno, degli obblighi imposti dal patto di stabilità e di crescita, o della coerenza delle riforme delle pensioni con la strategia "Europa 2020". Per i cittadini e per la coesione sociale sono essenziali sistemi pensionistici solidi e adeguati, che permettano alle persone di mantenere in misura ragionevole, una volta cessata l'attività lavorativa, il loro tenore di vita. Gli effetti della spesa previdenziale sulle finanze pubbliche di uno Stato membro possono avere serie ripercussioni in altri. Il coordinamento a livello dell'UE in materia di pensioni si è dimostrato utile e necessario per realizzare progressi negli Stati membri. I fondi pensione fanno parte integrante dei mercati finanziari e possono, secondo le loro caratteristiche, favorire o ostacolare la libera circolazione della manodopera o del capitale».

([www.http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/social_protection/c10126_it.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/social_protection/c10126_it.htm)).

⁵ Sulla sentenza citata e a proposito della presunta violazione dei principi della libera concorrenza da parte della gestione monopolistica della tutela contro gli infortuni sul lavoro affidata all'Inail, cfr. PICCININO, *Assetto istituzionale e dimensione comunitaria dell'assicurazione infortuni*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2000; MAGNO, *In difesa del monopolio pubblico dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Dir. lav.* 1999; FUCHUS E GIUBBONI, *Il monopolio dell'Inail e l'Antitrust*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999.

⁶ D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in www.aidalass.org/attività2010, a proposito di tale sentenza evidenzia come "una frontiera è stata di recente varcata dalla Corte che ha invero confermato, in ambito previdenziale, l'esclusione della riconducibilità delle casse di previdenza tedesca all'impresa ritenendo legittima la previsione nazionale dei servizi, pur con dubbi sulle ricadute limitative del monopolio sulle prestazioni transfrontaliere dei servizi e l'accesso dei privati, ma ha ritenuto necessario sottoporre a scrutinio il sistema nazionale sotto

la competenza esclusiva degli Stati nazionali, che possono disciplinare la materia previdenziale/assicurativa scegliendo un sistema monopolistico ovvero oligopolistico senza violare le direttive comunitarie.

Le caratteristiche della finalità sociale e della mutualità dei rischi permettono, quindi, agli Stati nazionali di scegliere forme di gestione attraverso enti pubblici o attraverso casse private che agiscono in condizioni di monopolio, come nel caso dell'Inail in Italia, ovvero secondo uno schema oligopolistico in cui il sistema previdenziale assicurativo è affidato a casse private su base territoriale, come in Germania.

Tuttavia, tale attribuzione esclusiva, propria degli Stati nazionali, pur impendendo interventi diretti e automatici da parte della Comunità su tali sistemi, non evita l'interferenza tra la disciplina specifica nazionale e i principi cardine della Comunità. La conseguente interazione è risolta attraverso il bilanciamento delle libertà e dei diversi diritti coinvolti.

In tal senso, la Corte compara le diverse esigenze individuando il sistema conforme all'assetto comunitario che costituisce il giusto equilibrio tra l'esercizio delle esclusive competenze degli stati nazionali e i principi e le direttive della Comunità.

La più recente giurisprudenza comunitaria sembra svolgere un'azione diretta a delimitare la competenza degli Stati nazionali e le stesse regole d'azione nello svolgimento dei vari sistemi previdenziali/assicurativi.

Mentre con la sentenza Kattern⁷ si individua un limite interno del sistema previdenziale oltre il quale ogni pressione contributiva⁸ diretta a garantire il

il profilo delle possibili limitazioni della libera prestazione di servizi salvandolo solo in base alla valutazione economica, per l'esigenza di garantirne l'equilibrio del sistema finanziario". In realtà, il rispetto dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale si pone piuttosto come il limite oltre il quale ogni imposizione contributiva appare ingiustificata ponendosi come diretta violazione della libertà di stabilimento. L'affermazione di tale principi, però, ha effetti molto meno dirompenti sull'autonomia del sistema previdenziale in considerazione del fatto che l'equilibrio finanziario è funzione del livello di prestazioni che il singolo sistema previdenziale decide di adottare. In questo senso il nucleo centrale del regime previdenziale è dato, quindi, dal livello delle prestazioni, che sembrerebbe legarsi a elementi di promozione e tutela sociale difficilmente oggetto di comparazione diretta con le libertà di stabilimento e di servizi. A questo proposito si permette di rimandare a, M.M.C. COVIELLO, *Nota a sentenza del 5 marzo 2009 della corte di giustizia europea (C-350/07)*, in www.amministrativamente.it.

⁷ M. LOTTINI, *La concezione 'statica e la concezione dinamica dell'attività economica: una recente sentenza della corte di giustizia in materia di servizi sociali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2009; S. GIUBBONI, *Previdenza sociale e libertà di mercato in Europa dopo il caso Kattern. Una breve introduzione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009; M. FUCHS, *Monopolio dell'assicurazione contro gli infortuni in Germania e libera prestazione di servizi in Europa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009; I. STOLZI, *Storia e storie del Welfare (n margine alla sentenza Kattern)*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009.

⁸ A. DE MATTEIS, *Legittimità del monopolio legale degli enti pubblici nazionali preposti alla tutela indennitaria degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali*, in *Rivista degli infortuni e della*

soddisfacimento delle esigenze assicurative dei lavoratori viola le norme del Trattato, al centro della sentenza in commento sembrerebbe porsi un limite esterno costituito dalla precisa individuazione delle norme d'azione che ogni sistema previdenziale/assicurativo, pur nel rispetto dell'ambito garantito all'autonomia contrattuale dagli Stati nazionali, deve comunque rispettare.

2. *L'oggetto della decisione.*

A seguito di ricorso da parte della Commissione viene messo in discussione l'affidamento diretto di servizi assicurativi operato da alcuni enti locali tedeschi.

Tale affidamento costituisce applicazione di una specifica previsione contrattuale secondo cui i datori di lavoro in forza di un apposito contratto con le relative organizzazioni di categoria possono garantire un sistema di previdenza complementare sulla base dell'investimento di una percentuale di crediti futuri dei lavoratori.

La legge tedesca prevede, infatti, che la contrattazione collettiva possa determinare il ricorso a specifiche forme di previdenza complementare.

Nell'ambito dell'esecuzione di tale accordo le parti decidevano l'affidamento diretto dei relativi servizi assicurativi a determinate società senza eseguire alcuna gara.

Tale comportamento è considerato, dalla Commissione, lesivo, *ratione temporis*, delle Direttive del Consiglio rispettivamente del 18 giugno 1992/50/CEE e del 31 marzo 2004, 2004/18/CEE aventi a oggetto il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblici lavori.

3. *Il contesto normativo e gli accordi collettivi.*

La Corte di Giustizia affronta il rapporto tra il diritto alla contrattazione collettiva e le libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi all'interno dell'Unione.

malattie professionali, www.inail.it; S. GIUBBONI, *Le assicurazioni sociali di fronte alle regole del mercato interno*, in *Foro Italiano*, 2009. Entrambi gli autori criticano la sentenza in commento poiché la stessa dopo avere sancito la legittimità di sistemi di monopolio o oligopolio pubblico nella gestione previdenziale solo qualora la pressione contributiva sia quella necessaria a garantire un effettivo equilibrio di bilancio del sistema, rimette al giudice tedesco la verifica fattuale della situazione e quindi la corrispondenza della stessa al principio sopra enunciato. È cioè considerata incompatibile e impropria la rimessione dal giudice tedesco dell'accertamento fattuale sulla corrispondenza del principio alla situazione fattuale, giacché sarebbe attribuita al giudice una valutazione sulle scelte di politica sociale rimesse esclusivamente al legislatore. Sullo sfondo appare, invece, una certa insoddisfazione nei riguardi di un controllo giurisdizionale sull'appropriatezza tecnica delle scelte gestionali effettuate dagli enti. Dietro, cioè, la rivendicazione dell'autonomia degli enti e dell'esclusiva competenza delle scelte del legislatore in ordine alla politica sociale sembrano emergere interessi corporativi diretti a difendere rendite di posizione piuttosto che, per esempio, il livello delle prestazioni da assicurare ai lavoratori.

Il quadro normativo comunitario è costituito dalle Direttive 92/50 e 2004/18 e dall'articolo⁹ 6 del TUE che, attribuendo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione il medesimo valore giuridico dei trattati, riconosce il diritto di negoziazione collettiva¹⁰.

⁹ B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona (tanto tuono che piovve)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" Int. – 81/2010. L'autore sottolinea come nel Trattato e nella Carta, cui l'art. 6 rinvia, viene "sancita la piena e pari equipollenza, in ragione dell'indivisibilità, di tali diritti con altri diritti individuali di natura civile, politica, culturale, esistenziale, tutti aggregati intorno a quel vero e proprio meta principio (o meta diritto) unificante che è la dignità della persona. A tale proposito qualche segnale arriva da quei pionieri della nuova frontiera dell'integrazione sociale che si stanno rivelando gli avvocati generali della Corte di giustizia. Sono costoro che hanno già assunto il compito di sondare il terreno per i nuovi insediamenti dei diritti sociali nell'ordinamento in costruzione su cui si collocherà, magari, successivamente e con tempi più laschi la Corte. Si può fare riferimento, in tal senso, alle conclusioni dell'avv. Generale Verica Trstenjak presentate il 14 aprile 2010 Causa C-271/08, Commissione europea contro Repubblica federale di Germania, ove al § 79 si afferma: "Con il Trattato di Lisbona – nel caso di specie non rilevante *ratione temporis* – è stato oltremodo rafforzato il nesso del diritto di negoziazione collettiva con il diritto primario, visto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata dichiarata giuridicamente vincolante dall'art. 6 TUE. Attraverso questo generico richiamo alla Carta il diritto di negoziazione collettiva di cui all'art. 28 della medesima Carta viene ora espressamente sussunto nell'alveo del diritto primario". Ancor più esplicite le affermazioni dell'avv. Generale Pedro Cruz Villalón presentate il 5 maggio 2010 - Causa C-515/08, Santos Palhota e a. nella cruciale materia del rapporto tra distacco dei lavoratori e libera prestazione dei servizi. Egli afferma: ". Ciò nondimeno, a partire dall'1° dicembre 2009, data in cui è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, si deve tener conto di varie disposizioni di diritto primario in materia sociale che interessano l'ambito delle libertà. In concreto, il distacco di lavoratori, nei limiti in cui può modulare l'intensità della libera prestazione dei servizi, deve essere interpretato alla luce delle disposizioni sociali introdotte dal citato Trattato. Difatti, l'art. 9 TFUE contiene una clausola trasversale di protezione sociale che obbliga le istituzioni a prendere in considerazione le «esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Tale esigenza è formulata dopo la dichiarazione, contenuta nell'art. 3, n. 3, TUE, che la costruzione del mercato interno si concretizza attraverso politiche basate su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale (...). Tale mandato sociale si riflette ancor più nitidamente nell'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali, testo che ora è entrato a far parte del diritto primario dell'Unione e in cui si dichiara che ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose. Tra le condizioni enunciate è prevista una garanzia riguardante la durata del lavoro, ai periodi di riposo alle ferie annuali che illustrano, sebbene non in modo esaustivo, un regime minimo di tutela a favore del lavoratore."

¹⁰ G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in "Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona", a cura di F. BASSANINI e G. TIBERI, Collana "Quaderni di Astrid", Il Mulino, Bologna, 2010, rileva che «il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali ha un rilievo molto esteso: la carta è ormai obbligatoria per l'intero diritto dell'unione e per quel nazionale applicativo del primo, ivi comprese le disposizioni degli Stati che per giustificare deroghe e disposizioni di matrice sovranazionale, dovessero invocare la necessità di garantire uno o più Fundamental rights».

Nello specifico dal combinato disposto degli articoli 28 e 52 della Carta si evince che la tutela del diritto fondamentale di negoziazione collettiva deve tener conto delle legislazioni e delle prassi nazionali.

Il ruolo delle parti sociali al livello dell'unione è poi sancito dall'articolo 152 del TFUE, che ne promuove e riconosce la funzione.

Inoltre, il diritto alla contrattazione collettiva è riconosciuto anche dalla Carta sociale europea e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori¹¹.

Le legislazioni nazionali si muovono all'interno di tale quadro normativo comunitario. Nel caso specifico la legislazione nazionale interessata dal ricorso della Commissione è quella tedesca relativa al miglioramento della previdenza complementare¹².

Tale disciplina prevede che “la previdenza complementare aziendale può essere attuata direttamente dal datore di lavoro oppure tramite uno degli organismi previdenziali previsti dalla stessa normativa. Il datore di lavoro risponde dell'adempimento delle prestazioni promesse anche qualora l'attuazione della previdenza complementare aziendale non dipenda direttamente da lui”.

Un modello di previdenza complementare aziendale è rappresentato anche dai casi in cui i crediti retributivi futuri siano convertiti nel diritto a ottenere prestazioni previdenziali derivanti d'identico valore ovvero il lavoratore, per finanziare prestazioni di previdenza complementare aziendale versi a partire dalla sua retribuzione, contributi a un fondo pensioni, a una cassa pensionistica o a un'assicurazione diretta, e la promessa del datore di lavoro comprenda anche le prestazioni derivanti da tali contributi; al riguardo trovano corrispondente applicazione le norme sulla conversione salariale, se e in quanto le prestazioni promesse derivanti da tali contributi siano finanziate secondo il sistema a capitalizzazione”.

Conseguentemente la stessa legge citata prevede che “il lavoratore può chiedere al datore di lavoro che mediante conversione salariale sia utilizzata per la propria previdenza complementare aziendale una quota dei crediti retributivi futuri non superiore al 4% della soglia di reddito massima considerabile per il calcolo dei

¹¹ Adottata in occasione della riunione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989.

¹² Legge 19 dicembre 1974 per il miglioramento della previdenza complementare aziendale, così come modificata dall'art. 5 della legge 21 dicembre 2008.

contributi al regime previdenziale generale. I modi di attuazione del diritto del lavoratore sono disciplinati tramite accordo¹³.

Proprio in virtù di tale ultima previsione veniva siglato un accordo avente a oggetto la previdenza complementare tra l'unione delle associazioni dei comuni e degli enti comunali datori di lavoro e il sindacato unitario dei servizi sanitari.

Tale accordo nel sancire il diritto dei lavoratori di chiedere al datore di lavoro la parziale conversione dei loro crediti retributivi in prestazioni previdenziali complementari prevedeva "che il datore di lavoro nel quadro della previdenza complementare può altresì optare per le modalità operative offerte dal gruppo finanziario delle Sparkassen o dai consorzi di assicurazione dei comuni e degli enti comunali."

4. Il percorso argomentativo della Corte.

a) Sull'applicabilità delle Direttive 92/50 e 2004/18 alle attribuzioni di contratti a favore di organismi o imprese contemplati dall'articolo 6 del TVEU.

Nel valutare la legittimità dell'affidamento diretto dei servizi assicurativi necessari per la realizzazione di un sistema previdenziale complementare per i dipendenti degli enti locali, la Corte riconosce preliminarmente il valore fondamentale del diritto alla contrattazione collettiva nell'ambito della Comunità.

Inoltre, il contratto collettivo in cui è inserita la disposizione contrattuale oggetto di scrutinio risponde secondo la Corte a precise finalità sociali.

Pertanto, tali elementi non consentono di poter automaticamente derogare alle direttive 92/50 e 2004/18, le quali danno attuazione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi.

Tali libertà si distinguono dalle previsioni dell'articolo 101¹⁴ del TFUE, dall'ambito d'applicazione del quale è sottratta la disciplina dei contratti collettivi relativi al regime della pensione complementare gestito da un fondo pensioni con iscrizione obbligatoria.

¹³ Per quanto riguarda la contrattazione collettiva e le clausole di rinvio nella legislazione tedesca, v. M. MARINELLI, *Clausole di rinvio al contratto collettivo e libertà di associazione nella recente giurisprudenza della corte di giustizia*, in WP C. S. D.L.E "Massimo D'Antona" INT- 48/2006.

¹⁴ L'articolo in questione dispone l'incompatibilità con il mercato comune e vieta tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

La Corte¹⁵ in merito agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori ha affermato che gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro fossero soggette all'articolo 85 (ora 101) del Trattato.

In altri termini, gli accordi conclusi tra le parti sociali con il fine di conseguire tali obiettivi non sono soggetti, per la loro natura e il loro oggetto, al divieto di accordi limitativi della concorrenza.

Tuttavia, nel caso di specie non è in discussione la costituzione di un fondo pensioni la cui partecipazione è obbligatoria, bensì la possibilità che i contratti collettivi possano permettere a enti pubblici un affidamento diretto violando le direttive comunitarie.

L'utilizzo dello strumento contrattuale quindi non può comportare la violazione delle direttive della Comunità pregiudicando la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento.

Del resto, la stessa tutela della libertà di prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento può essere rispettata senza comprimere irrimediabilmente l'autonomia contrattuale e la libera disponibilità delle parti sindacali e datoriali di determinare un concreto assetto d'interessi che risponda a una precisa finalità sociale.

Nell'ambito del giudizio concernente il possibile contemperamento della tutela della libera prestazione di servizi con la finalità sociale perseguita dall'accordo collettivo la Corte afferma da un lato che esistono limiti di conformità alle direttive europee anche per gli strumenti contrattuali, dall'altro che le stesse finalità sociali possono però essere raggiunte anche attraverso gli istituti che, nell'ambito dell'ordinamento tedesco, garantiscono, per esempio, la partecipazione delle rappresentanze sindacali alle normali procedure di aggiudicazione di servizi assicurativi¹⁶.

A giudizio della Corte è possibile contemperare il rispetto delle direttive sulla libera prestazione dei servizi con l'esercizio del diritto fondamentale di negoziazione collettiva.

In questa situazione, finalità sociale ed efficienza dell'accordo sono garantite dal fatto che la definizione della misura delle prestazioni è determinata dalle specifiche previsioni contrattuali, mentre l'effettiva implementazione dell'accordo sulla scelta

¹⁵ Corte di giustizia, sentenza Albany 21 settembre 1999, causa C-76/96.

¹⁶ A questo proposito, però, non può non rilevarsi come nell'ordinamento italiano l'articolo 35 del decreto legislativo 165/2001 vieti espressamente la partecipazione dei rappresentanti sindacali a procedure concorsuali pubbliche, seppure con riferimento all'accesso agli impieghi pubblici. Sulla differenza, poi, tra nomina di rappresentate sindacale ed iscritto alle associazioni sindacali v. Consiglio di Stato, sezione V, 23 ottobre 2007, n. 5572.

del soggetto che deve gestire servizi assicurativi è effettuata nel pieno rispetto delle direttive comunitarie citate.

I principi di mutualità e solidarietà proprie delle prestazioni previdenziali attuate anche attraverso i contratti collettivi non sono disattesi dall'applicazione di una procedura di aggiudicazione pubblica di appalto.

La “mutualizzazione” dei rischi, che impedisce alle compagnie di assicurazione di scegliere i rischi buoni assicurabili da quelli cattivi non suscettibili di assicurazione, può, quindi, essere garantita: da una procedura di selezione pubblica le cui clausole d'accesso blocchino qualsiasi effetto discriminante garantendo a tutti i lavoratori un identico livello di prestazioni a prescindere dalla diversa situazione di rischio in cui soggettivamente possano venire a trovarsi.

Analogamente il bando di gara può garantire la scelta dell'affidatario del servizio assicurativo che offra maggiori garanzie di solidità finanziaria: questa, del resto, è comunque garantita dall'applicazione della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 3 giugno 2003, 2003/41/CE, secondo cui le imprese che praticano l'assicurazione di gruppo sono assoggettate a norme di controllo prudenziale coordinate a livello dell'Unione, le quali mirano in particolare a garantire proprio l'affidabilità finanziaria di tali operatori economici.

Pertanto, la Corte ritiene contemperabile il rispetto delle direttive comunitarie con la finalità sociale perseguita attraverso il contratto oggetto del suo scrutinio¹⁷.

Nello specifico i giudici di Bruxelles affermano testualmente che “il rispetto delle direttive in materia di appalti pubblici di servizi non risulta inconciliabile con la realizzazione della finalità sociale perseguita dalle parti firmatarie dell'accordo di cui trattasi”, lasciando in qualche modo trasparire che il fine sociale rappresenti tra i due elementi di comparazione quello principale, il cui raggiungimento costituisce obiettivo principale rispetto all'altro¹⁸.

¹⁷ A. SAJKOW, *Urteil des EuGH vom 15. Juli 2010, C-271-08*, in [www.http://www.nestor.huberlin.de/index.php](http://www.nestor.huberlin.de/index.php). Secondo l'autore, “con la sua decisione la Corte di giustizia ha chiarito che il diritto fondamentale alla contrattazione collettiva non esime dal rispetto delle libertà fondamentali. Diritti e libertà fondamentali sono messi piuttosto in conformità con il principio di proporzionalità. In materia di regimi pensionistici aziendali è ormai chiaro che la scelta di un supporto di fornitura per l'attuazione della compensazione differita da un datore di lavoro comunale nell'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti cade se la scelta è fatta da un contratto collettivo. Al superamento delle soglie rilevanti la selezione deve essere effettuata nelle future procedure di appalto pubblico in conformità con i requisiti prescritti dalla direttiva sugli appalti pubblici”.

¹⁸ A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lav. Dir.*, 2008, nota che «se è vero che un diritto o un principio di tutela sociale può limitare la libertà economica fondamentale così - ove si ecceda al canone della proporzionalità- può avvenire l'inverso». Tuttavia occorre evidenziare come nel caso in questione la Corte consideri possibile il bilanciamento proprio in virtù del fatto che il ruolo riconosciuto alle

Tale supposta prevalenza della finalità sociale sembrerebbe avvalorata dal fatto che nella stessa sentenza Kattern il ricorso al sistema oligopolistico tedesco non è considerato lesivo della libera prestazione di servizi, giacché gli equilibri di bilancio delle casse private garantiscono gli obiettivi solidaristici del sistema assicurativo nel suo complesso.

Prevedere il divieto di una pressione contributiva più alta di quella necessaria a garantire l'equilibrio del bilancio con un livello di prestazioni predefinito significa, inoltre, preservare la finalità sociale della funzione assicurativa¹⁹ ed evitare distorsioni oltre che subordinare il livello di pressione contributiva al livello delle prestazioni.

b) Sulla qualificazione dei contratti in questione come appalti di pubblici servizi, ai sensi delle Direttive 92/50 e 2004/18.

L'altra questione affrontata dalla Corte riguarda la qualificazione del contratto sottoscritto dalle amministrazioni locali e dai sindacati in merito all'affidamento dei servizi.

A questo proposito in sede di discussione la Repubblica Federale di Germania ha sostenuto la non assimilabilità del contratto sottoscritto tra le parti sociali a quelli relativi ad appalti pubblici.

Il vincolo contrattuale avrebbe, cioè, privato le amministrazioni locali tedesche di ogni discrezionalità nella scelta delle imprese assicurative a cui affidare i servizi

organizzazioni sindacali può garantire il rispetto dei principi di libertà senza una compromissione delle finalità sociali proprie dell'intervento di cui trattasi: non pare allora possibile che in ragione del criterio di proporzionalità il bilanciamento possa consentire un intervento dei privati che sia penalizzante per il raggiungimento di finalità sociali. La stessa previsione di una partecipazione sindacale alle scelte pubbliche di selezione dei fornitori della pubblica amministrazione è comunque rispettosa dell'assetto costituzionale dello Stato membro. G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" Int. 45/2006, l'autore sottolinea che "E' la stessa Carta di Nizza dunque a porre il problema dei limiti di esercizio del diritto di sciopero, che è problema diverso e successivo rispetto al mero "riconoscimento" dello stesso come diritto fondamentale. Il problema dei limiti opponibili ai diritti sanciti dalla Carta è al centro delle Disposizioni generali che la chiudono (in particolari gli artt. 52, 53 e 54). Queste a loro volta riprendono principi sanciti a più riprese dalla Corte di giustizia, primo fra tutti quello della proporzionalità dei limiti cui il diritto può essere sottoposto e della rispondenza degli stessi a finalità d'interessi generali perseguiti dall'UE. Il caso Schmidberger dimostra come il criterio della proporzionalità si traduca in un giudizio di bilanciamento tra "diritti fondamentali", quando la restrizione di un diritto o di una libertà è imposta dal rispetto di un altro diritto riconosciuto dall'ordinamento comunitario. La restrizione può essere imposta se non è sproporzionata rispetto all'obiettivo da raggiungere e se salvaguarda comunque il contenuto essenziale del diritto".

¹⁹ Ciò significa vincolare l'attività degli enti pubblici competenti essenzialmente al raggiungimento delle finalità d'istituto.

concernenti la previdenza complementare, impedendo l'applicazione delle direttive del 2004 e del 1992.

Con identica finalità la difesa dello stato tedesco ha rilevato come quello in questione non poteva essere considerato un contratto a titolo oneroso.

Le prestazioni oggetto del contratto riguardavano, cioè, le imprese assicurative, non interessando in alcun modo l'ambito patrimoniale delle amministrazioni locali.

A questo proposito la Corte di Giustizia precisa che l'applicazione delle direttive del 1992 e del 2004 non è subordinata alla finalità perseguita dalle amministrazioni aggiudicatrici.

In altri termini, non esiste nessuna distinzione tra appalti diretti a raggiungere le finalità sociali perseguite dalle amministrazioni aggiudicatrici e appalti svolti per altri fini.

Inoltre, la stessa onerosità del contratto è affermata nel caso specifico da parte della Corte di Giustizia Europea.

Analizzando il meccanismo contrattuale nella sentenza si evidenzia come lo svolgimento dei servizi assicurativi, effettuato da un'impresa assicurativa a vantaggio dei lavoratori, è finalizzata al raggiungimento di un obiettivo di cui unico responsabile è il datore di lavoro, che nel caso specifico è rappresentato da un'amministrazione locale.

Pertanto, i servizi assicurativi forniti dalle società assicurative permettono al datore di lavoro di far fronte al proprio obbligo di rispondere alla corretta esecuzione di tale forma di retribuzione differita risultante dal meccanismo della conversione salariale.

Il versamento da parte dell'amministrazione o azienda comunale dei premi trattenuti sulle retribuzioni di cui essa è debitrice nei confronti degli interessati costituisce la contropartita per la concessione dei servizi, attribuendo carattere oneroso a tale tipo di contratto indipendentemente dal fatto che i beneficiari finali siano i lavoratori.

La Corte, inoltre, considera infondata l'altra prospettazione avanzata dalla Repubblica Federale di Germania sull'applicabilità dell'eccezione prevista all'articolo 1, lett. a), sub VIII della direttiva 92/50 a favore dei contratti in materia di lavoro e all'articolo 16, lettera e), al caso in questione. La deroga che consente l'inapplicabilità delle citate direttive a prestazioni di servizi fondate su contratti di lavoro non può estendersi a casi come quello in discussione, in cui l'affidamento della prestazione di servizi ha origine da un contratto sottoscritto tra un datore di lavoro e un'impresa di assicurazioni al di fuori dall'ambito di un contratto collettivo in materia di lavoro.

5. *I precedenti della sentenza C-271/2008 e le prospettive della contrattazione collettiva nell'ambito dei regimi previdenziali nazionali .*

Come accennato sopra, la sentenza in esame rappresenta il più recente risultato di un pluridecennale scrutinio effettuato sul tema dalla Corte di Giustizia Europea. Tali pronunce²⁰ non sempre hanno riscontrato il favore della dottrina e i commenti benevoli delle parti sociali. Nonostante l'affermazione di principio sulla natura fondamentale del diritto alla contrattazione collettiva effettuato dalla Corte, molte sono state le opinioni che hanno sottolineato come di là da tale formale richiamo la Corte abbia in sostanza privilegiato le libertà fondamentali.

Tale orientamento della giurisprudenza comunitaria va, poi, inquadrato a livello sistematico nella struttura normativa dell'Unione, che almeno fino alle recenti modifiche istituzionali sembrava privilegiare la tutela della concorrenza a scapito di ogni prospettiva sociale.

La concorrenza è cioè considerata come l'elemento in grado di dare stabilità ed equilibrio al sistema comunitario, venendo a essere considerata come l'obiettivo primario da perseguire a scapito della piena affermazione delle finalità sociali della Comunità.

In questa prospettiva è stata accolta con favore, sebbene con accenti diversi, la nuova formulazione dell'articolo 3 del TUE, in cui l'affermazione della finalità costituita dall'instaurazione di un mercato interno non è più accompagnata dall'abrogato riferimento a una concorrenza libera e non falsata²¹.

Tale nuova formulazione priva di ogni richiamo alla concorrenza "può orientare la Corte di giustizia verso un riequilibrio nella gerarchia dei principi di diversa natura

²⁰ A questo proposito possono citarsi le cause da: da C-115/97 a 117/97, *Brentijens'Handelsonderneming BV*; C-219/97, *Maatschappij Drivende BokkenBV*; C-67/96, *Albany*.

²¹ G. BRONZINI, *Tutela dei disoccupati, lotta alla povertà e contrasto dell'esclusione sociale nell'europa del "dopo Lisbona"*, in www.europeanrights.eu/index, evidenzia come "all'art. 2 TUE tra i 'valori' fondanti la società europea e la stessa Unione figurano l'uguaglianza, la non discriminazione, la solidarietà e la parità tra uomini e donne e all'art. 3 (dedicato agli obiettivi primari) non solo lo sviluppo economico è connotato con l'aggettivo 'sostenibile' (dalle implicazioni non meramente ecologiche, ma anche sociali), ma si aggiunge un'<<economia sociale di mercato. che mira alla piena occupazione e al progresso sociale>>; l'Unione, aggiunge il comma terzo, <<combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale... la coesione economica e la solidarietà tra gli Stati membri >>. Il principio di concorrenza è così derubricato in una mera regola comunitaria, certamente di non secondario rilievo tanto da figurare in un Protocollo *ad hoc*, ma la ricordata operazione di riscrittura sembra voler rilevare (anche come indicazione alla Corte di giustizia) che, comunque, tale principio è funzionalizzato al perseguimento degli altri valori e obiettivi indicati agli artt. 2 e 3, come mezzo a un fine".

che ora conta anche sul sostegno della carta di Nizza, che proclama nel suo preambolo solennemente l'indivisibilità tra i diritti che elenca e protegge²².

Tuttavia, nonostante tale innovazione sia stata accolta da altra parte della dottrina²³ con accenti molto più favorevoli, resta di fondo un atteggiamento di ostilità nei confronti della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, accusata di non compiere un effettivo bilanciamento tra le libertà e i diritti fondamentali. La dottrina ha considerato queste sentenze come il segno di una costante sottovalutazione delle finalità sociali sottese all'inquadramento comunitario, in cui è svilito il ruolo dei sindacati e la funzione della stessa autonomia contrattuale.

Anche nella sentenza in commento, così come del resto nelle sentenze Laval e Viking e nella più recente Ruffert, la Corte utilizza la tecnica del bilanciamento.

Superata la ponderazione tra le politiche dell'Unione, effettuata nella sentenza Albany, la Corte adotta il criterio del bilanciamento tra diritti fondamentali e le libertà di prestazione e di stabilimento.

In sintesi si critica il bilanciamento:

a) in quanto criterio opaco orientato da una sorta di "pre-comprensione del valore preminente dell'integrazione del mercato, "²⁴ la Corte di Giustizia opererebbe un bilanciamento finalisticamente orientato per verificare se e in che misura l'esercizio delle libertà sindacali produca una limitazione o compressione dei diritti individuali, non l'inverso;

b) in quanto tecnica/criterio di decisione che in qualche modo evidenzia la sovraordinazione dell'ordinamento comunitario agli ordinamenti nazionali, i quali riservano all'autonomia collettiva o al diritto di sciopero un margine di in comprimibilità assoluta e un ambito di applicazione che si estende anche a finalità ambientali o solidaristiche; in tal modo si assume che tale tecnica modifichi l'assetto costituzionale degli Stati nazionali incidendo sul rapporto tra la libertà

²² G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in "Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona", cit.

²³ A. GOTTARDI, op. cit., inserisce la scomparsa della concorrenza tra gli obiettivi nell'ambito di una situazione di modifiche che, vedendo l'affermazione della nozione sociale di mercato e nell'indicazione di cosa si deve intendere per progresso, induce ad affermare che si è in presenza se non di una vera e propria e propria metamorfosi della costituzione materiale almeno della progressiva dissoluzione di alcuni dei cardini dell'impianto caratterizzato dagli effetti di una mera integrazione negativa derivanti dalla progressiva infiltrazione delle regole sovranazionali del mercato e della concorrenza nei diritti del lavoro e della sicurezza nazionali.

²⁴ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005.

d'iniziativa economica²⁵ e i diritti di libertà/sociali. In tal senso quello che si chiama bilanciamento deve essere inteso come primato del diritto comunitario sui diritti costituzionali europei. In altri termini, quello della Corte sia nel caso Viking in quello Laval si concretizzerebbe in una sorta di “bilanciamento sbilanciato”²⁶ in favore delle libertà economiche a sfavore dei diritti sociali.

A questo proposito può, però, notarsi come la Costituzione italiana abbia affrontato - seppure in una situazione istituzionale diversa, in cui la stessa prospettiva europea era comunque poco più di un'idea - il problema riguardante la conciliabilità le prerogative regionali in materia d'iniziativa economica in senso lato e il diritto del lavoro. Nella Carta costituzionale, infatti, il divieto di porre misure che limitino l'esercizio delle attività economiche su basi regionali ovvero che limitino il diritto di trasferirsi fra le varie regioni è strettamente connesso alle esigenze di tutela del diritto del lavoro. In tal modo si realizza un contemperamento d'interessi in cui l'uniformità della regolazione della disciplina lavoristica, oltre a essere preminente, sembra garantire essa stessa il corretto esercizio delle attribuzioni regionali in materia economica. Risulta evidente che nella prospettiva ordinamentale europea non è così chiara la presenza di una norma, come quella dell'articolo 120 della Costituzione,²⁷ che faccia sintesi delle diverse esigenze che necessariamente vengono a crearsi in ogni processo d'integrazione;

²⁵ E. ALES, E G. ORLANDINI, *The impact of Viking, Laval, Rufferten ditalian legislation end regulations concerning action, in Viking, Laval , Ruffert. Consequencens and policy perspectives*, ETUI, Brussels. 2010. Gli autori pongono l'accento sul fatto che la concezione della libertà d'impresa presupposta dalle sentenze della Corte di giustizia differisca da quella prevista dalla Carta costituzionale italiana. La differenza verrebbe a materializzarsi in ordine ad una concezione della libertà d'iniziativa economica tutelata in sé e per sé, al di là da ogni dimensione sociale e in una prospettiva essenzialmente dinamica. Tale differenza sembra trovare conferma forse al di là dalle reali intenzioni, nel Libro Bianco curato dal Ministro SACCONI, in www.lavoro.gov.it

²⁶ F. VECCHIO, *Dopo ViKing, Laval e Ruffert verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?*, in www.europeanrights.it. L'autore illustra le diverse posizioni dottrinarie sviluppatesi a seguito delle decisioni della Corte di giustizia europea in materia di bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali. Individua, in questa prospettiva, due correnti di pensiero. La prima è costituita da quell'orientamento che critica un modello d'integrazione culturale ispirata ai valori del mercato e dell'estremismo individualista: l'opzione di considerare i diritti fondamentali come dei semplici limiti alle libertà economiche garantite e promosse dall'ordinamento è il frutto della scelta economicistica fondamentale che caratterizza un processo d'integrazione antisociale, in cui preminente è la tutela dei diritti dell'individuo. Il secondo filone, pur non disconoscendo le anomalie del bilanciamento, ricollega tali disfunzioni alla mancata realizzazione di meccanismi efficienti di cooperazione interordinamentale.

²⁷ L'articolo 120 della costituzione dispone che “La Regione non può istituire dazi d'importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale”.

c) giacché tale criterio sembra reggersi sulla decisione del caso singolo in cui ponendo i principi in conflitto solo “in relazione alle singole questioni si presuppone anzi la loro sostanziale convivenza pacifica finendo per smarrire il senso stesso di una costituzione positiva”²⁸. In tal modo, è assolutamente preclusa una graduazione tra i diritti e l'individuazione dei principi predominanti caratterizzanti l'ordinamento costituzionale²⁹.

Il ricorso al bilanciamento è, poi, criticato da altra parte della dottrina a causa del fatto che non si può considerare “la normativa proveniente dall'autonomia collettiva quale fonte eteronoma applicando il medesimo pacchetto di criteri di assimilabilità nella restrizione a una libertà economica: divieto di discriminazioni, scopo legittimo compatibile con il trattato giustificato da ragioni imperative di interesse generale o

²⁸ G. FONTANA, op. cit. , R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

²⁹ G. AZZARITI, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. L'autore rileva come “Con riferimento dunque alla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, una sua specifica caratteristica risiede - come noto - nell'*innovativa classificazione dei diritti in categorie di valori*. Tutti i diritti contenuti nella Carta, infatti, non sono suddivisi secondo la tradizionale distinzione tra diritti civili e politici, sociali ed economici, i nuovi diritti, bensì sono raggruppati intorno a sei categorie di valori fondamentali: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia. La scelta di innovare nella classificazione dei diritti, inquadrandoli per categorie di valori, lasciando dunque cadere le distinzioni tradizionali (e così anche la distinzione tra diritti fondamentali e non), fu assunta dalla Convenzione; con determinazione e consapevolezza, come dimostrano le testimonianze esplicite dei membri della stessa Convenzione i quali l'hanno spesso indicata come una tra le innovazioni più originali;. In realtà questa classificazione più che essere originale rappresenta una cesura storica, su cui vale la pena riflettere con estrema attenzione, venendo a esprimere il carattere più significativo al fine di comprendere il senso storico-culturale (paradigmatico, direi) della Carta dei diritti nell'ambito del processo costituente europeo per almeno due profili tra loro strettamente collegati: a) Questa classificazione porta a collocare tutti i diritti fondamentali *allo stesso livello*, tanto è vero che si è parlato d'indivisibilità dei diritti (Paciotti.) E ciò è apparso un progresso: tutti i diritti finalmente posti sullo stesso piano, tutti i diritti finalmente ritenuti fondamentali. Non sembra si sia adeguatamente considerata la conseguenza che questa equiparazione dei diritti implica. In tal modo, non è più possibile trarre dal testo costituzionale a valenza costituzionale (quale ambisce a essere la Carta) una gradazione tra diritti, non sarà più possibile individuare dei principi prevalenti e caratterizzanti l'ordinamento costituzionale. Non si potrà più, come si è soliti fare con riferimento al nostro ordinamento costituzionale, enfatizzare il ruolo di alcuni principi costituzionali rispetto ad altri. In base a quale argomento testuale si potrebbe, in questo nuovo contesto normativo, affermare come fece Costantino Mortati definendo le basi della tutela costituzionale del diritto del lavoro - che non tutti ma solo alcuni principi devono porsi quali pietre angolari di tutta la costruzione dello stato. Specificando che questi principi sono quelli enucleabili nei primi cinque articoli della nostra Costituzione, poiché sono essi che contengono gli elementi sufficienti a identificare la forma di stato. E dunque il principio democratico, quello personalista, quello pluralista, *quello lavorista* valgono a conformare e a condizionare ogni altro diritto pretendendo una tutela privilegiata“. Vedi, però, G. ORLANDINI, op. cit.

ancora da più stringenti ragioni di interesse pubblico, con garanzia di realizzare l'obiettivo perseguito senza andare oltre quanto necessario per raggiungerlo"³⁰.

In tale prospettiva la sentenza in commento s'inserisce nell'ambito delle precedenti sentenze Viking e Laval, rinnovando parecchie perplessità in ambito sindacale³¹. A questo proposito appare netta, sulla sentenza in commento, la posizione della confederazione europea dei sindacati (CES)³² secondo cui "questo è un altro giudizio dannoso per l'Europa sociale. L'applicazione delle libertà economiche non ha senso in un momento in cui, oggi più che mai, devono essere trovate soluzioni pratiche per la sostenibilità delle pensioni in tutta Europa. Questa sentenza ignora l'indipendenza delle autorità pubbliche, quando sono in qualità di datori di lavoro. Ancora più preoccupante è che conferma anche il primato delle libertà economiche sui diritti sociali fondamentali. La serie nera avviata dai casi Viking e Laval è lungi dall'essere finita. La CES ribadisce la sua richiesta che siano prese misure urgenti dalle autorità europee per confermare che l'UE non è solo un progetto economico, ma ha come obiettivo principale il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei suoi popoli, e che il concetto di progresso sociale è di fondamentale importanza per la tenuta del sostegno dei cittadini europei e dei lavoratori per il progetto europeo. La CES chiede urgentemente una clausola di progresso sociale nei trattati dell'UE per sottolineare questo punto".

Tuttavia, non sono mancate interpretazioni secondo cui la Corte non afferma comunque che le libertà economiche devono, in ogni caso, prevalere sulle azioni

³⁰ GOTTARDI, op. cit.

³¹ Per le critiche della Confederazione europea dei sindacati (CES) vedi CES (2007a), La sentenza Laval della Corte di Giustizia sul caso Viking riconosce il diritto fondamentale all'azione collettiva come parte integrante del diritto comunitario", comunicato stampa 11 dicembre 2007, in [http://www.etuc.org/a/4377.CES \(2007b\)](http://www.etuc.org/a/4377.CES%20(2007b)); Caso Laval: delusione della CES, comunicato stampa 18 dicembre 2007, in <http://www.etuc.org/a/4402>.

³² J. MONKS, Segretario generale della confederazione europea dei sindacati, comunicato in www.fpcgil.it. Vedi anche *Economic freedom vs workers's right: The Viking, Laval, Ruffert and Luxembourg judgements*, in www.etuc.org, in cui s'illustra la posizione della Ces, che si è fatta promotrice di una triplice proposta di riforma del sistema esistente proponendo: a) sul piano delle fonti primarie, l'integrazione dei Trattati con un protocollo sul progresso sociale dovrebbe garantire un riequilibrio tra libertà economiche e diritti sociali, impedendo un'interpretazione delle prime capace di pregiudicare l'esercizio dell'azione sindacale della contrattazione collettiva; b) sul piano delle fonti secondarie, la proposta della direttiva 96/71 dovrebbe riportare la direttiva a essere uno strumento di definizione dei minimi di tutela da garantire ai lavoratori distaccati e non dei massimi; c) infine, nel contesto della prossima approvazione dell'atto per il mercato unico un corretto intervento normativo dovrebbe garantire che l'esercizio della libera prestazione dei servizi non incida in alcun modo sul diritto di sciopero come regolato negli ordinamenti nazionali: vedi a tal proposito *Sintesi della conferenza Ces" Reconciling fundamental social rights and economic freedom after Viking, Laval and Ruffert*, a cura di G. ORLANDINI, in www.cgil.it.

sindacali realizzate come sciopero o blocco, ma ha invece ribadito la dimensione sociale dell'Unione, riconoscendo il diritto d'azione collettiva come un diritto fondamentale, che costituisce parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte assicura il rispetto.³³

6. *Il ruolo delle parti sociali e la sentenza C-74/2009.*

Il ruolo delle parti sociali nell'ambito degli appalti pubblici è stato affrontato dalla stessa Corte di Giustizia europea in una sentenza concomitante a quella in commento.

Nella sentenza C-74/09 la Corte è stata chiamata a valutare la compatibilità con le direttive europee di una normativa nazionale che in tema di appalti pubblici subordinava l'ammissione dei soggetti alle gare a prescrizioni che potevano considerarsi ulteriori rispetto alle direttive comunitarie.

In tale contesto, la Corte ha affermato il principio secondo cui il diritto dell'Unione "deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che imponga all'imprenditore stabilito in un altro Stato membro, ai fini dell'attribuzione di un appalto dell'amministrazione aggiudicatrice, l'obbligo di disporre, in quest'ultimo Stato membro, di una registrazione relativa all'assenza di clausole indicate all'articolo 24, primo comma, della Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, a condizione che tale obbligo non ostacoli né ritardi la partecipazione dell'imprenditore medesimo all'appalto pubblico di cui trattasi, né sia fonte di oneri amministrativi eccessivi e abbia unicamente a oggetto la verifica delle qualità professionali dell'interessato".

Nell'ambito di tale giudizio di compatibilità la Corte affronta la questione relativa al ruolo delle parti sociali in ordine all'attribuzione affidata dagli Stati nazionali alle stesse nell'ambito degli appalti pubblici.

La Corte considera in termini generali che funzioni di verifica dell'assenza di cause di esclusione dalla partecipazione ad appalti pubblici possa essere legittimamente attribuita a un ente diverso da un'amministrazione aggiudicatrice. Tale libertà di attribuzione di funzioni pubbliche non è, però, illimitata.

Infatti, a giudizio della Corte qualora la verifica della causa di esclusione sia affidata a organismi la cui composizione non garantisce la dovuta imparzialità e neutralità si concretizzi la lesione delle condizioni di concorrenza e l'assenza di obiettività

³³ D. GHALIANI, *Diritti sindacali e libertà economiche nell'unione europea: quale conciliazione*, in *Social Developments in the European Union 2007*, Ninth annual report. Etui –Rehs, Brussels 2008.

contraria a un sistema di concorrenza non falsata, come quello previsto dal diritto dell'Unione³⁴.

Nel caso di specie la legislazione belga attribuisce a delle “Commissioni di registrazione” costituite a livello provinciale la verifica dei certificati rilasciati dall'amministrazione finanziaria e previdenziale di altri Stati membri che attestino che gli imprenditori stabiliti in tali Stati membri sono in regola con i loro obblighi nei settori considerati”.

Tale attribuzione è considerata dalla Corte non in contrasto con la normativa comunitaria giacché “il fatto che un imprenditore stabilito in un altro Stato membro abbia prodotto certificati rilasciati dalle competenti autorità dello Stato stesso non è sufficiente per attestare in maniera conclusiva, l'adempimento dei suoi obblighi in materia”.

La normativa comunitaria dispone, inoltre, che l'imprenditore deve essere in regola con i suoi obblighi previdenziali e tributari anche nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice e consente, con riferimento ai certificati rilasciati dalle competenti autorità dello Stato membro interessato, un controllo distinto di detto imprenditore nello Stato membro di svolgimento dell'appalto pubblico di cui trattasi.

Pertanto, una normativa nazionale non è contraria alle regole del diritto comunitario per il solo fatto di prevedere un obbligo di registrazione ai fini di tale controllo anche per gli imprenditori stabiliti in uno Stato membro diverso da quello di svolgimento dell'appalto pubblico.

Ciò che invece la Corte ritiene contrario al diritto comunitario è la composizione di tali commissioni, che tra l'altro svolgono una funzione di garanzia della regolarità dell'appalto non lontana da quella auspicata dalla stessa Corte nella sentenza 271/2008.

L'articolazione tripartita di tali commissioni, alle quali partecipano tre rappresentanti delle pubbliche autorità e sei soggetti nominati dalle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, non garantisce imparzialità e neutralità.

La partecipazione di istanze private, rappresentate dalle parti sociali, rende la stessa commissione permeabile a istanze localistiche, determinanti disparità di trattamento per quanto attiene alle condizioni di assenza di obbiettività e d'imparzialità contrarie a un sistema di concorrenza non falsata.

Il ruolo delle parti sociali, e nello specifico dei sindacati, accomuna in qualche modo la sentenza 271/08 e la sentenza 74/2009, illustrando come la tutela delle prerogative e della funzione delle rappresentanze dei lavoratori non possa

³⁴ Sentenze 1 luglio 2008, causa C-49/07; MOTOE, causa C-169/07, Hartlauer.

arroccarsi nell'ambito dell'esclusività delle prerogative contrattuali, ma presupponga invece la ridefinizione e il coordinamento dell'esercizio delle funzioni e prerogative di tali soggetti nell'ambito dell'esercizio delle pubbliche potestà.

Nonostante l'analisi congiunta delle due sentenze non possa garantire un grado sufficiente di sistematicità, da esse emerge che il ruolo delle rappresentanze sindacali nell'ambito dell'Unione Europea necessita comunque di una ridefinizione non episodica ma che si integri nell'unitario sistema della Comunità e degli Stati nazionali.

Deve, inoltre, rilevarsi come il divieto di servirsi di commissioni il cui legame territoriale è troppo accentuato sembra richiamare uno dei limiti dell'applicazione del principio di sussidiarietà.

In termini di efficienza l'avvicinamento dell'ambito decisionale al territorio su cui le decisioni avranno degli effetti non garantisce automaticamente una corretta allocazione delle risorse e, anzi, permette l'avverarsi di quel fenomeno di cattura per cui i decisori sono imprigionati dagli interessi localistici.

In questo senso uno dei limiti di qualsiasi assetto federale³⁵ è proprio la tentazione di rinchiudersi nell'ambito di una prospettiva localistica, non solo con gravi disfunzioni in termini di efficienza e di violazione dei principi di concorrenza, ma anche come perdita netta nell'ambito dei diritti sociali.

Da questo particolare angolo prospettico possono pertanto assumere una valenza diversa le posizioni espresse dalla Corte di giustizia nelle sentenze Viking e Laval e nella stessa sentenza Ruffert.

In tale contenzioso, la Corte dichiara l'illegittimità di una disposizione normativa con cui un Land dispone che gli appalti pubblici svolti nel proprio territorio siano affidati solo alle imprese che s'impegnano contrattualmente a retribuire i propri dipendenti secondo quanto disposto dagli accordi collettivi del luogo di esecuzione e da una norma con cui l'aggiudicatario è tenuto a imporre detto obbligo anche agli eventuali subappaltatori. La Corte dichiara la non conformità della disposizione in questione al diritto comunitario in considerazione del disposto dell'articolo 3 della Direttiva 96/71. Tale direttiva impone, secondo la Corte di Giustizia, agli Stati membri di introdurre garanzie delle condizioni di lavoro "in particolare delle tariffe salariali minime soltanto attraverso disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o contratti collettivi o arbitrati dichiarati di applicazione generale". Pertanto, la Corte, dato che nel caso di specie la disposizione a garanzia delle tariffe salariali

³⁵ C. BOLIK, *Grassroot Tyranny: limit of federalism*, Cato Institute, 1993; M. M. C COVIELLO, *La dimensione verticale della sussidiarietà*, Università degli studi di Trieste, 2001 - Bibl. Nazionale Centrale Firenze.

minime non trova fondamento in un contratto collettivo di applicazione generale, dichiara la non conformità delle disposizioni censurate al diritto comunitario.³⁶ A

³⁶ Nello specifico la Corte sostiene quanto segue: “Ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, primo e secondo trattino, della direttiva 96/71, ai lavoratori distaccati, per quanto riguarda la prestazione di servizi transnazionali nel settore dell'edilizia, vanno garantite le condizioni di lavoro e di occupazione concernenti le materie dalla lett. a) alla lett. g) di tale disposizione, fra cui compaiono, alla lett. c), le tariffe minime salariali. Dette condizioni di lavoro e di occupazione sono fissate da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale. In base al n. 8, primo comma, del medesimo articolo, i contratti collettivi o arbitrati ai sensi di tale disposizione sono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessata. L'art. 3, n. 8, secondo comma, della direttiva 96/71 consente inoltre agli Stati membri, in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati, di potersi avvalere dei contratti collettivi o arbitrati generalmente applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione e nella categoria interessata o dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale. Occorre esaminare se la tariffa salariale imposta da un provvedimento quale quello della causa principale, che consiste in una disposizione legislativa adottata dal Land Niedersachsen in materia di appalti pubblici e diretta a rendere vincolante, in particolare nei confronti di un'impresa quale l'impresa subappaltatrice dell'Objekt und Bauregie, un contratto collettivo che prevede la tariffa minima salariale in questione, sia stato fissata secondo una delle modalità descritte ai punti 21 e 22 della presente sentenza. In primo luogo, una disposizione legislativa, quale la legge del Land, che non stabilisce essa stessa alcuna tariffa minima salariale, non può essere considerata come una disposizione legislativa ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, primo trattino, della direttiva 96/71, che fissi una tariffa minima salariale così come previsto alla lett. c) del detto comma. In secondo luogo, per quanto riguarda la questione se un contratto collettivo quale quello oggetto della causa principale costituisce un contratto collettivo dichiarato di applicazione generale ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, secondo trattino, della direttiva 96/71, nel combinato disposto con il n. 8, primo comma, del medesimo articolo, dagli atti presentati alla Corte emerge che la legge diretta ad accogliere nell'ordinamento interno la direttiva 96/71, estende l'applicazione delle disposizioni concernenti le retribuzioni minime dei contratti collettivi dichiarati di applicazione generale in Germania ai datori di lavoro stabiliti in un altro Stato membro che distaccano i loro dipendenti in Germania. Orbene, con risposta a un quesito scritto della Corte, il Land Niedersachsen ha confermato che il contratto collettivo nel settore Settore edilizio non è un contratto collettivo dichiarato di applicazione generale ai sensi dell'AEntG. Peraltro, gli atti presentati alla Corte non contengono alcun elemento che consente di concludere che il contratto collettivo in parola potrebbe ciò non di meno essere qualificato di applicazione generale ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, secondo trattino, della direttiva 96/71, nel combinato disposto con il n. 8, primo comma, del medesimo articolo. In terzo luogo, per quanto riguarda l'art. 3, n. 8, secondo comma, della direttiva 96/71, dal tenore stesso di questa disposizione risulta che essa è applicabile solamente in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi, il che non si verifica nella fattispecie nella Repubblica federale di Germania. Peraltro, un contratto collettivo come quello oggetto della causa principale non può in ogni caso, essere considerato quale contratto collettivo ai sensi di detta disposizione e, più specificamente, quale contratto collettivo, ai termini del primo trattino di tale disposizione, in genere applicabile a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessata. In una situazione come quella della controversia principale, infatti, l'effetto vincolante di un contratto collettivo del genere di quello oggetto della causa principale si estende solamente a una parte del settore edilizio rientrante nell'ambito di

fronte di tale posizione, si è comunque notato come “la Corte si sia limitata a rilevare l'inidoneità della contrattazione collettiva perché non ritenuta di applicazione generale, non offrendo alcuna spiegazione delle ragioni che a differenza di quanto stabilito nel caso deciso giustificerebbero la soppressione del “vantaggio concorrenziale” quando si sia realizzata la contrattazione collettiva di applicazione generale”³⁷.

Inoltre si evidenzia come la Corte, riconoscendo la contrattazione collettiva soltanto quando essa è dichiarata di applicazione generale, confermi l'inquietante tendenza a comprimere l'autonomia delle parti sociali e a preferire gli istituti di natura pubblicistica per la risoluzione delle tensioni sociali. Tali considerazioni sembrano in qualche modo rafforzare le critiche all'assetto interpretativo adottato dalla Corte di giustizia, accusata di aver equiparato³⁸ le fonti contrattuali a quelle pubblicistiche, con un'evidente compressione della libertà e dell'autonomia contrattuale basata sulla volontarietà dell'autoregolazione. A questo proposito non può non notarsi che l'autonomia contrattuale non è data ma è piuttosto il risultato dell'intera situazione dell'ordinamento di cui la normativa pubblicistica costituisce limite esterno. La critica concernente l'equiparazione indebita non pare allora cogliere nel segno, anche in considerazione del fatto che è proprio la fonte pubblicistica che attribuisce al contratto collettivo valenza generale. Del resto la valenza generale del contratto rafforza l'autonomia contrattuale delle parti dando alle stesse una dimensione generale e solidaristica che priva la regolamentazione di tutti gli effetti distorsivi legati al caso singolo. Sembrerebbe allora questo uno dei motivi per cui solo la presenza di un contratto collettivo a efficacia generale giustificerebbe la perdita del vantaggio concorrenziale. Solo la contrattazione collettiva a efficacia generale e quindi non limitata territorialmente e settorialmente, come era invece nel caso Ruffert, garantisce uguaglianza nelle condizioni di lavoro e una concorrenza non

applicazione territoriale del contratto collettivo medesimo, poiché, da un lato, la legislazione che a lui attribuisce tal effetto si applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati, e, dall'altro, il contratto collettivo di cui trattasi non è stato dichiarato di applicazione generale. Da quanto precede risulta che un provvedimento come quello di cui alla causa principale non fissa una tariffa salariale secondo una delle modalità previste all'art. 3, n. 1, primo comma, primo e secondo trattino, e 8, secondo comma della direttiva 96/71. Di conseguenza, una siffatta tariffa salariale non può essere considerata quale tariffa minima salariale ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, lett. c), della medesima direttiva, che gli Stati membri hanno il diritto di imporre, sulla base di tale direttiva, alle imprese stabilite in altri Stati membri, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale (v., in questo senso, sentenza 18 dicembre 2007, causa C-341/05, Laval un Partneri, Racc. pag. I-11767, punti 70 e 71.)

³⁷ F. VECCHIO, op. cit.

³⁸ D. GOTTARDI, op cit

falsata sulla base di esigenze localistiche. E così anche la posizione di chi sostiene³⁹ che in Ruffert i giudici limitano l'accettabilità dei contratti collettivi a quelle ipotesi in cui essi in virtù della loro rilevanza generale acquisiscono tratti equiparabili alla legge, deve comunque confrontarsi con l'evidente considerazione che l'autonomia contrattuale si muove entro i limiti sanciti dalla normativa pubblicistica interna ovvero dalle previsioni comunitarie.

E, a questo proposito, sembra conferente il richiamo al sesto considerando del Regolamento 883/2004. Secondo tale disposizione "lo stretto legame fra la legislazione sulla sicurezza sociale e le disposizioni contrattuali che integrano o sostituiscono tale legislazione e che sono state oggetto di una decisione da parte

³⁹V. ANGIOLINI, *Laval, Viking, Ruffert e lo spettro di le chapelier in Libertà economiche e diritti sociali nell'unione europea*, a cura di A. ANDREONI e B. VENEZIANI, Roma, Ediesse, 2009.

Per una posizione analoga vedi anche S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi rischi e opportunità*, in http://principiue.unipg.it/Documenti/Giubboni_relazione_perugina.pdf, 2011, L'autore afferma che "anzitutto, il diritto di sciopero e quello di negoziazione collettiva vengono nella sostanza considerati dalla Corte, in ragione della forza sprigionata dal conflitto sindacale e dall'effettiva capacità di ostacolare o addirittura di bloccare la contrapposta attività di impresa transnazionale, come forme di potere del tutto analogo a quelle esercitate dalla pubblica autorità. Sennonché è evidente, al di là delle suggestione concrete vicende fattuali all'origine di Viking e Laval, la diversità sostanziale delle situazioni in rilievo alla luce di una concezione che può dirsi comune al costituzionalismo liberale e democratico europeo. Come è stato osservato, infatti, un potere non è un diritto. Un diritto reclama protezione. Il riconoscimento del diritto di sciopero richiede in principio una certa sfera di immunità giudiziale. E comporta la responsabilità di tener conto degli interessi sia delle imprese che dei lavoratori di altri stati membri". In realtà tale ricostruzione trascura l'importanza di una prospettiva in cui l'esercizio dell'autonomia contrattuale quale potere assimilabile a quello pubblico può concretamente realizzare in termini di tutela e riconoscimento dei diritti dei lavoratori. In tale prospettiva è il ruolo della contrattazione e dei sindacati che diventa più completo in quanto non limitato alla regolamentazione fra e delle parti. In questa prospettiva sembra trattarsi di un processo che più che qualificarsi come "collasso della distinzione tra pubblico e privato" (A. SOMEK, *The social question in a Transnational context*, citato in S. GIUBBONI) comporta una diversa composizione del diritto privato e di quello pubblico. Tale ricostruzione pare essere testimoniata dal recentissimo Parere dell'Adunanza Generale Consiglio di Stato n. 2/2011. Il parere del Consiglio di Stato ha come oggetto un quesito in ordine al potere dell'autorità per la vigilanza sui contratti di lavoro e forniture di negare l'autorizzazione alla partecipazione azionaria delle SOA ai sensi dell'articolo 6, comma 6, del D.P.R. 5 ottobre n. 207 /2010.

Nel determinare l'ambito soggettivo d'applicazione dell'articolo 66 del D.P.R. n. 207/2010, relativamente al divieto di partecipazione azionaria al capitale delle SOA il Consiglio di Stato afferma che l'associazione nazionale di categoria che ha sottoscritto contratti di lavoro per i dipendenti delle imprese edili o affini o di comparto ammessa a possedere azione, deve ritenersi la sola associazione sindacale di lavoratori e non l'associazione datoriale come risulta dalla dizione-inusuale ma pregnante – per i dipendenti (in luogo della dizione contratti collettivi di lavoro che sarebbe stata utilizzata altrimenti ove si fosse inteso includere anche le associazioni datoriali) Solo i sindacati dei lavoratori non determinano – se possessori di azioni delle SOA- soverchi rischi di conflitto di interessi. "Risulta del tutto evidente come l'ammissione alla contrattazione diventa abilitazione all'esercizio di un potere che in qualche modo diretto a controllare il mercato proprio in assenza di soverchi conflitti di interessi".

delle autorità pubbliche che le ha rese vincolanti o che ne ha esteso l'ambito di applicazione può richiedere una protezione analoga, per quanto concerne la loro applicazione, a quell'offerta ai sensi del presente regolamento”.

Così come non si può non notare come nella sentenza Albany proprio il ricorso all'autonomia contrattuale sia stato considerato lecito nonostante i connessi e conseguenti effetti in termini di compressione della concorrenza. In modo sostanzialmente analogo, è stato considerato sostanzialmente legittimo il ricorso all'autonomia contrattuale sempre in tema di previdenza complementare nella sentenza in questione C-271/08. In tale decisione alle parti non solo è stata rimessa la determinazione dell'assetto concreto della disciplina riguardante gli interessi concernenti la previdenza complementare ma si è riconosciuto, in virtù della finalità sociale legata alla previdenza integrativa, il diritto delle parti sociali di partecipare ai meccanismi di selezione pubblica da utilizzare per la scelta della società cui affidare i servizi assicurativi.

Tale impostazione di fondo sembra poi trovare conferma in una recente sentenza della Corte di giustizia europea.

Nel procedimento C-437/09, sentenza del 3 marzo 2011, la Corte chiarisce ulteriormente la portata del principio sancito nella sentenza Albany, ampliando la riserva d'azione riconosciuta alla contrattazione collettiva.

In tale arresto, la Corte di Lussemburgo verifica che l'istituzione di un organismo incaricato della gestione di un regime di rimborso complementare di spese per cure mediche di un determinato settore nel prevedere la possibilità di chiedere alle autorità pubbliche di rendere obbligatoria l'iscrizione a tale regime per tutti i lavoratori dipendenti dello stesso settore sia conciliabile con la nozione di accordo tra imprese, di decisioni di associazioni di imprese o di pratiche concordate vietati dall'articolo 101, n. 1, TFUE.

Valutata la natura e l'oggetto dell'accordo la Corte afferma che tale patto concluso sotto forma di clausola aggiuntiva ad un contratto collettivo è riconducibile ad una trattativa collettiva tra le parti sociali del settore della panificazione artigianale francese ed è finalizzato al miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori dipendenti.

L'obbligatoria iscrizione a tale regime, rispetto alla fattispecie già affrontata dalla Corte nel caso Albany, è caratterizzata dall'assenza di qualsiasi deroga o clausola d'esenzione. Le parti al fine di migliorare le condizioni dei lavoratori hanno definito un regime esclusivo senza alcuna deroga o eccezione.

Ne deriva che un tale tipo d'accordo quale la clausola aggiuntiva n. 83 non rientra, in ragione della sua natura e del suo oggetto, nell'ambito di applicazione dell'art. 101, n. 1, TFUE.

Inoltre, una volta adottata tale disciplina contrattuale “le autorità pubbliche sono libere di renderlo obbligatorio nei confronti di persone ad esso non formalmente vincolate”.

Pertanto, la Corte entrando nel merito della questione non solo autorizza⁴⁰ la previsione contrattuale che istituisca tale regime obbligatorio ma permette, di fatto, ai sindacati di chiedere l'estensione pubblicistica ad efficacia generale al fine di garantire l'effettività dell'accordo.

Se si considera la combinazione delle fonti nell'ambito di tale percorso argomentativo scelto dalla Corte, quella contrattuale sembra essere in posizione centrale grazie ad un'autorizzazione comunitaria che pare sia accettare l'assetto degli interessi delineato autonomamente dalle parti sia influenzare il recepimento pubblicistico all'interno dei confini nazionali.

7. Prospettive Applicative.

Nell'ambito della necessaria ridefinizione delle prerogative sindacali in ambito comunitario e nazionale può porsi la questione concernente l'individuazione di modi procedurali e operative pubbliche che facilitino le parti sociali nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro.

In tal senso l'accesso a forme di finanziamento pubblico da parte degli enti bilaterali non potrebbe essere considerato soggetto né alla disciplina sugli appalti né a quella riguardante le concessioni⁴¹ di finanziamenti pubblici, che richiedono apposite procedure di selezione e aggiudicazione.

⁴⁰ Nella sentenza in questione testualmente si afferma “1) L'art. 101 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, n. 3, TUE, deve essere interpretato nel senso che non osta alla decisione delle pubbliche autorità di rendere obbligatorio, su domanda delle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori dipendenti di un determinato settore di attività, un accordo risultante da contrattazioni collettive che preveda l'iscrizione obbligatoria ad un regime di rimborso complementare di spese per cure mediche per tutte le imprese del settore interessato, senza alcuna possibilità di esenzione. 2) Qualora l'attività consistente nella gestione di un regime di rimborso complementare di spese per cure mediche, come quello di cui trattasi nella causa principale, debba essere qualificata come economica, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, gli artt. 102 TFUE e 106 TFUE debbano essere interpretati nel senso che non ostono, in circostanze come quelle di cui alla causa principale, a che le autorità pubbliche conferiscano ad un organismo previdenziale il diritto esclusivo di amministrare tale regime, senza alcuna possibilità per le imprese del settore di attività interessato di essere esonerate dall'iscrizione a tale regime”.

⁴¹ Tale tipo di affidamenti non rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'articolo 12 della legge 241/1090 in virtù della posizione di garanzia che gli enti bilaterali assumono per esempio nell'ambito della salute e sicurezza sul lavoro ai sensi del decreto legislativo 81/2008.

Le particolari finalità sociali perseguite in materia, per esempio, di salute e sicurezza sul lavoro sembrerebbero subordinare l'affidamento diretto dei finanziamenti pubblici mediante convenzioni alla presenza di almeno due condizioni:

a) la qualifica di enti bilaterali che l'articolo 2 del decreto legislativo 276/2003 identifica nelle associazioni di datori di lavoro e prestatori di lavoro costituite come organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative;

b) il riconoscimento dell'esercizio in concreto di tali funzioni attraverso il rinvio al loro intervento previsto dalla contrattazione decentrata, che permetterebbe di selezionare solo gli enti bilaterali che operano concretamente sul territorio sulla base di un contratto di lavoro che ai sensi della normativa comunitaria sopra citata sembrerebbe permettere la deroga ai normali criteri pubblicistici di selezione di contributi pubblici⁴².

In tal modo la qualificazione del tipo degli interventi e della scelta stessa degli enti bilaterali potrebbe essere rimessa alla contrattazione collettiva di secondo livello, lasciando a tale tipo di strumento la selezione degli organismi cui demandare i finanziamenti pubblici diretti a migliorare le attività di informazione, assistenza, consulenza, formazione, promozione in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

La selezione all'accesso dei finanziamenti pubblici si svolgerebbe non secondo uno schema pubblicistico ma in virtù dello strumento contrattuale, che in tal caso non costituirebbe il mezzo per parcellizzare la disciplina giuslavoristica, ma semplicemente un incentivo a innescare un meccanismo virtuoso che permetta di coniugare l'autonomia contrattuale con le esigenze di celere e rapida promozione delle misure necessarie alla sicurezza sul lavoro.

8. Conclusioni.

Nonostante un avviso comune secondo cui il richiamato orientamento della Corte di giustizia disconosce e il ruolo dell'autonomia contrattuale⁴³ e le funzioni delle organizzazioni sindacali, è possibile proporre una diversa ricostruzione interpretativa.

Infatti, nella sentenza 271/08 la Corte riconosce il ruolo delle parti sociali nella scelta dell'*an* e del *quantum* delle prestazioni del sistema di previdenza complementare riconoscendone l'esclusiva competenza nel merito. In più la Corte

⁴² All'articolo 1, lett. a), sub VIII della Direttiva 92/50 a favore dei contratti in materia di lavoro e all'articolo 16, lett. e), al caso in questione.

⁴³ GOTTARDI, op. cit.

riconosce la legittimità di un ruolo di controllo pubblico e di partecipazione del sindacato nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti.

Tale legittimazione, però, non può essere solo funzionale al raggiungimento di una scelta efficace ed efficiente, ma permette di prevenire distorsioni all'interno delle stesse scelte procedurali delle parti sociali, obbligando le stesse a meccanismi di selezione. Il ricorso a tali procedure impedisce il meccanismo di cattura che rende non conforme al diritto comunitario la composizione di una commissione in cui le parti sociali rappresentano troppo direttamente interessi eccessivamente di parte.

Del resto, in termini più generali il contemporaneo perseguimento e della sostenibilità⁴⁴ del sistema finanziario pensionistico e dell'adeguatezza delle

⁴⁴ Nel *Libro Verde 2010*, cit., a proposito dell'adeguatezza e sostenibilità si precisa che "Adeguatezza e sostenibilità sono le due facce di una stessa medaglia: se le pensioni rischiano, di essere inadeguate, può esserci una pressione perché le pensioni siano aumentate o un aumento della domanda di altre prestazioni, e la sostenibilità può risulterne compromessa. Se un sistema pensionistico non è sostenibile, a lungo termine si rivelerà inadeguato quando si renderanno necessarie correzioni improvvise. L'adeguatezza e la sostenibilità sono quindi aspetti che devono essere esaminati congiuntamente. I sistemi pensionistici devono assicurare un reddito di pensione adeguato e presuppongono una solidarietà tra le generazioni e all'interno di una stessa generazione. Finora, le riforme dei sistemi pensionistici hanno puntato prevalentemente a migliorare la sostenibilità. Per rispondere al problema dell'adeguatezza, sono necessari altri passi avanti nella modernizzazione dei sistemi pensionistici. Poiché i tassi di sostituzione delle pensioni pubbliche nella maggior parte dei casi diminuiranno ..., è importante dare sufficiente spazio ai diritti complementari, ad esempio dando la possibilità ai cittadini di lavorare più a lungo e favorendo l'accesso a regimi di pensione complementare. L'inadeguatezza può essere data anche dalla mancanza di un accredito compensativo per i periodi di disoccupazione, di malattia e per i periodi dedicati alle cure familiari nonché dall'assenza di copertura di categorie vulnerabili come i lavoratori con contratti di breve durata e i lavoratori atipici, o dall'insufficienza della pensione minima o del reddito degli anziani, ma in questi casi si pone il problema del finanziamento. Nei sistemi a capitalizzazione la riduzione del rischio dell'investimento, in particolare nella fase di liquidazione e al suo avvicinarsi, e una migliore distribuzione del rischio tra i sottoscrittori e gli enti erogatori, sfruttando i vantaggi offerti dall'assicurazione collettiva, possono accrescere l'adeguatezza del reddito di pensione. Può anche essere necessario considerare l'eventualità di ricorrere, oltre alle pensioni, ad altre fonti di reddito. Garantire la sostenibilità Molte riforme delle pensioni hanno contribuito a limitare la crescita della futura spesa pubblica per le pensioni, ma occorre adottare con urgenza ulteriori misure per rendere più sostenibili i sistemi e in tal modo contribuire alla sostenibilità a lungo termine delle finanze pubbliche, specie nei paesi in cui, secondo le proiezioni, la spesa pubblica per le pensioni sarà elevata. Se non saranno prese misure incisive per accrescere la sostenibilità, l'onere dell'adeguamento ricadrà sui futuri lavoratori o sui futuri pensionati, che potrebbero non essere disposti ad accettare pensioni più basse di quelle previste, com'è stato rilevato dal Consiglio europeo. Date le condizioni difficili in cui versano le finanze pubbliche e dato che, senza un mutamento di rotta, si andrà incontro a un aumento insostenibile dei livelli del debito pubblico, la necessità di risanare le finanze pubbliche sarà un vincolo che graverà su tutte le politiche, anche su quella delle pensioni. Il patto di stabilità e crescita costituisce il quadro per il monitoraggio delle finanze pubbliche, sistemi pensionistici compresi. Inoltre, la pressione sulla spesa per l'assistenza alle persone anziane potrebbe crescere, se dovesse accentuarsi la tendenza a sostituire le cure informali con cure formali. Sono quindi particolarmente importanti le riforme che rafforzano il potenziale di crescita economica dell'UE, ad esempio stimolando l'offerta di lavoro. Una crescita più forte

prestazioni sembrerebbe presupporre necessariamente l'adozione di strumenti di scelta imparziali ed efficienti⁴⁵.

Sostenibilità e adeguatezza delle prestazioni, infatti, presuppongono un'efficiente gestione delle risorse, che non può non avvenire attraverso meccanismi o procedure trasparenti e imparziali, che completino la disciplina contrattuale senza modificarne l'essenza.

della produttività del lavoro va a vantaggio di tutti i cittadini perché permette un innalzamento del tenore di vita. Per quanto riguarda la sostenibilità finanziaria, è ancora più importante accrescere i tassi d'occupazione, in particolare dei lavoratori anziani".

⁴⁵ Tale impostazione sembra poi confermata dal più volte citato Libro Verde, in cui a proposito della necessità di rafforzare il mercato interno delle pensioni si precisa "che l'adozione nel 2003 della direttiva sugli enti pensionistici aziendali o professionali ha segnato un importante passo avanti. Tale direttiva riguarda, però le sole pensioni a capitalizzazione di natura professionale e non tutti i regimi professionali rientrano nel suo campo di applicazione (sono esclusi, ad esempio, i regimi basati su riserve contabili). Non si tratta di una direttiva quadro, e questo rende difficile adattare la regolamentazione all'evoluzione del mercato. Le prime esperienze hanno dimostrato che sussistono notevoli ostacoli all'attività transfrontaliera, che impediscono di realizzare pienamente gli incrementi di efficienza derivanti dalle economie di scala e dalla concorrenza e quindi fanno salire il costo delle pensioni e limitano la scelta del consumatore. Questi ostacoli sono in molti casi dovuti a differenze di regolamentazione e a incertezze giuridiche, come la definizione imprecisa dell'attività transfrontaliera, la mancanza di armonizzazione della regolamentazione prudenziale e la complessa interazione tra normativa europea e diritto nazionale. Per eliminare questi ostacoli, potrebbe essere necessario rivedere la direttiva sugli enti pensionistici aziendali o professionali, accrescere la convergenza in materia di vigilanza e rendere più trasparenti le differenze nazionali. Inoltre devono essere affrontati aspetti riguardanti i depositari[e la gestione dei fondi pensione, quali un'adeguata comprensione e supervisione delle decisioni d'investimento, la retribuzione, gli incentivi per i fornitori di servizi e gli investimenti socialmente responsabili".