

MASSIMO PALLINI

**LA DIRETTIVA
BOLKESTEIN
NON HA PECCATI
SE NON... L'IGNAVIA**

Per superare l'attuale fase di stallo del progetto europeo è essenziale far comprendere ai cittadini che un'Europa genuinamente liberale non significa affatto un'Europa liberista; le parole della direttiva Bolkestein non sembrano quelle adatte allo scopo

UN'OCCASIONE MANCATA

La famigerata direttiva Bolkestein è giunta al traguardo del suo lungo e tormentato percorso. È indubbio che la novità più rilevante rispetto all'originaria proposta di direttiva sui servizi sia la soppressione del «principio del paese d'origine» quale principio regolatore della prestazione di servizi nel mercato comunitario. In virtù di questo principio, ogni impresa sarebbe stata legittimata a offrire servizi nei territori di tutti gli Stati membri alle medesime condizioni – di accesso e di esercizio – dettate dalla legislazione del paese in cui è stabilita (appunto il paese d'origine) e gli Stati membri ospitanti non avrebbero potuto imporle il rispetto della loro regolazione nazionale (art. 16). Non avrebbe pertanto trovato applicazione in via generale la legge dello Stato in cui viene concretamente prestato il servizio, bensì la legge dello Stato di stabilimento dell'impresa, salvo che la disciplina imposta dal paese ospitante non fosse giustificata da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di salute pubblica (art. 17).

La principale accusa mossa a questo principio è stata quella di innescare – nel nuovo contesto post-allargamento dell'Unione Europea – un processo di progressiva concorrenza in senso deregolativo tra tutti gli ordinamenti nazionali; realizzando sì un'armonizzazione di questi, ma solo in senso negativo. Secondo questa critica, i nuovi Stati membri sarebbero stati indotti a colmare i gap di competitività nel mercato unico attraendo le imprese europee con l'offerta di una regolazione di maggior favore rispetto a quella applicata negli Stati ove hanno sede, regolazione di cui tali imprese avrebbero potuto avvalersi per continuare a fornire dal nuovo Stato di sta-

bilimento servizi sia *home base* sia ricorrendo al distacco di lavoratori negli altri Stati membri (c.d. *posting*). A loro volta, questi ultimi non avrebbero potuto trattenere le imprese nazionali se non adeguando il loro ordinamento giuridico agli standard più bassi adottati da questi paesi, avviando così un'inevitabile *race to the bottom*.

La rimozione del principio del paese d'origine dalla proposta di direttiva, frutto di un accordo di compromesso tra Ppe e Pse a pochi giorni dal voto del Parlamento in prima lettura, ha evidentemente rassicurato le componenti progressiste del Parlamento europeo e la stessa Confederazione europea dei sindacati che il pericolo fosse definitivamente scampato e si potesse dare il via libera all'approvazione definitiva della direttiva anche con le parziali modifiche apportate dalla Commissione e poi dal Consiglio al testo risultante dagli emendamenti approvati a febbraio 2006 dal Parlamento.

Ma, così come era sbagliato prima ritenere che la direttiva Bolkestein nella sua versione originaria fosse un mostro giuridico generato dal grembo della Commissione e destinato a instaurare un regime da *far west* nel mercato comunitario, allo stesso modo è fuorviante ora affermare che tutti i problemi sono risolti e l'approvazione della direttiva ci destina a una regolazione della prestazione dei servizi che non potrà generare criticità sociali.

Se è vero che il testo finale della direttiva sul piano tecnico-giuridico non opera «strappi» traumatici, limitandosi a esplicitare e sistematizzare gli approdi della giurisprudenza evolutiva del «principio del mutuo riconoscimento» elaborato dalla Corte di Giustizia in materia di libera prestazione di servizi¹, è parimenti vero che non è indifferente «positivizzare» degli orientamenti giurisprudenziali in una norma e che – soprattutto – tutti i problemi ai quali tali orientamenti non sono riusciti sinora a dare una risposta chiara e soddisfacente sono semplicemente nascosti sotto il tappeto. Proprio l'approvazione di una direttiva di portata generale sulla regolazione dei servizi costituiva invece l'occasione in cui sarebbe stato opportuno, o meglio doveroso, tentare di dare una risposta a problemi nodali per disegnare un «modello sociale europeo» per una nuova Europa con 27 membri fortemente differenziati per condizioni normative e socio-economiche, la quale è ormai alla ricerca disperata di identità.

Ancora una volta, nel lungo cammino comunitario la Politica è stata incapace di assolvere la sua funzione decisionale e ha preferito affidarsi alla supplenza «a porte chiuse» della Corte di Giustizia. Nell'etica dantesca, però, gli ignavi sono giudicati con maggior severità di molti peccatori condannati agli inferi.

¹ Il *leading case* dell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alla libera circolazione dei servizi è ritenuto Cgce sent. 25.7.1991, C-76/90, *Sager v. Dennemeyer & Co. Ltd*, Racc. 1991, I-4221; si veda successivamente Cgce sent. 24.3.1994, C-275/92, *Customs e Excise v. Schindler*, Racc. 1994, I-1039; Cgce sent. 10.5.1995, C-348/93, *Alpine Investments*, Racc. 1995, I-1141; Cgce sent. 12.12.1996, C-3/95, *Reisebuero v. Sandker*, Racc. 1996, I-6511.

LA BOLKESTEIN TRA LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO E PROBLEMI IRRISOLTI

Per evitare fraintendimenti, debbo premettere che la liberalizzazione dei servizi economici è un obiettivo assolutamente condivisibile e va perseguito con tutte le forze, forse anche con più determinazione rispetto a quella che si ritrova nella versione finale della direttiva Bolkestein.

All'esito dell'indagine conclusasi nel 2002 da cui ha preso avvio il processo di elaborazione della proposta di direttiva², la Commissione ha rilevato che, sebbene la fornitura di servizi abbia un'importanza assolutamente primaria nel mercato europeo (70 per cento del prodotto interno lordo), il volume dei servizi cosiddetti «transfrontalieri» è ancora sensibilmente più contenuto di quello dei beni materiali scambiati tra i diversi Stati Ue. Come visto nell'articolo di Crosetto in questo numero di «Bdl», principalmente dallo sviluppo del mercato dei servizi possono quindi venire nuovi stimoli alla crescita dell'economia europea nel suo complesso, all'innovazione tecnologica, all'innalzamento della qualità dell'offerta e – per l'effetto – all'incremento di occupazione «di qualità».

Tuttavia, non ci si può stupire se si verificano crisi di rigetto – come il voto contrario francese e olandese al Trattato costituzionale europeo o le manifestazioni sindacali avverso l'idraulico polacco – se l'Unione Europea si astiene dal dar conto della natura strumentale della liberalizzazione dei mercati rispetto al fine ultimo di realizzare un nuovo sistema di benessere e protezione sociale dai contorni quantomeno «tratteggiati» e – conseguentemente – dal farsi carico di governare le criticità sociali che la transizione dal vecchio al nuovo inevitabilmente genera. In particolare, non può che far insorgere apprensione sociale continuare a coltivare a pieno ritmo un disegno di liberalizzazione del mercato, quando il diritto comunitario (formale e materiale) non offra al contempo indicazioni chiare e condivise in merito a cosa sia impresa, alla distinzione tra servizi di interesse generale e servizi di interesse economico generale, alle condizioni e ai limiti in cui questi possono essere sottratti al libero mercato concorrenziale e disciplinati con modalità differenziate dagli Stati membri, e, ancora, se ed entro quali limiti sia possibile competere tra gli Stati membri circa la regolazione a tutela del lavoro e della sicurezza sociale o, invece, invocare diritti sociali fondamentali o persino standard di protezione comuni a tutti gli Stati membri. Tutti nodi con i quali la direttiva era chiamata a confrontarsi e che sono stati invece consapevolmente (e dunque colpevolmente) «dribblati» nella versione definitiva, lasciando inalterato l'insoddisfacente *status quo*.

² Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio su *Lo stato del mercato interno dei servizi*, COM (2002) 441 def. 30.7.2002.

L'INCERTO DESTINO DEI «SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE»

Una delle poche, ma – come già sottolineato – incisive modifiche apportate dal Consiglio e recepite nella versione finale della direttiva è quella dell'art. 2 punto 2 lett. a), dove si precisa che sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva non tutti i servizi di interesse generale, ma soltanto «i servizi non economici di interesse generale». Vi è una differenza sostanziale rispetto al testo approvato a febbraio 2006 dal Parlamento, che (non condivisibilmente) escludeva *in toto* sia i servizi di interesse generale (SIG) sia i servizi di interesse economico generale (SIEG).

Nella direttiva finale, però, continua a non venir offerta alcuna qualificazione espressa o criterio distintivo dei servizi di interesse economico generale, sebbene ormai da decenni il diritto e la giurisprudenza comunitaria si arrovellino su tale qualificazione³. Questa mancanza crea non poche incertezze in merito a quale sarà l'effetto della direttiva sulla regolazione nazionale dei servizi pubblici.

A tutela del pieno godimento del diritto di stabilimento delle imprese fornitrici di servizi, la direttiva prevede che meccanismi di restrizione dell'accesso a un'attività di servizi possono essere legittimamente previsti dagli ordinamenti nazionali solo a condizione che siano giustificati da un «motivo imperativo di interesse generale» e siano proporzionati rispetto all'effettiva capacità di perseguire un tale obiettivo di interesse generale (cfr. artt. 9-15). Il grado di apertura e chiusura dei servizi pubblici nazionali al libero mercato, salvo i casi di esclusioni espresse previste nella proposta, è quindi destinato a esser governato dalla nozione di «motivi di interesse generale» che andrà adottando il giudice comunitario. La proposta di direttiva d'altronde non ne fa certo mistero, affermando esplicitamente che «la nozione di motivi imperativi di interesse generale cui fanno riferimento alcune disposizioni della presente direttiva è stata progressivamente elaborata dalla Corte di Giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli articoli 43 e 49 del Trattato, e potrebbe continuare a evolvere» (considerando 40).

Rischiano così di risultare delle vuote enunciazioni le previsioni dell'art. 1 della direttiva secondo cui questa «non riguarda la liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale riservati a enti pubblici o privati, né la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi». Tali rassicurazioni, infatti, sono contraddette dalla scelta sistematica di rimettere alla discrezionalità della Corte il potere di decidere in ultima istanza – forgiando le nozioni di servizi di interesse generale e di interesse economico generale – quali attività di servizi possano essere legittimamente sottratte al libero mercato dagli ordinamenti degli Stati membri.

³ Si veda G. Leone, *La nozione d'impresa e le sue ricadute sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», I, 2000, n. 4, p. 995; D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, «Diritto pubblico», 1999, n. 2, p. 371 e seguenti; L. Di Via, *Ancora sul principio di solidarietà e la nozione di impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza*, «Il Foro italiano», 1996, IV, p. 73 e seguenti.

I RISCHI DI DUMPING SOCIALE

I giuslavoristi europei hanno da tempo consapevolezza delle potenzialità demolitricie a danno del diritto del lavoro nazionale che la libertà di circolazione dei servizi (art. 49 Tce), ormai inscindibilmente intrecciata ai principi di libera concorrenza (art. 81 e seguenti Tce), è in grado di esprimere⁴.

Sin dalla versione originaria della proposta di direttiva, la Commissione ha cercato in ogni modo di assicurare che effetti deregolativi non potrebbero conseguire o quantomeno non sarebbero alimentati dalla direttiva Bolkestein perché questa sottrae espressamente dalla disciplina di liberalizzazione dei servizi il diritto del lavoro nazionale escludendo dall'ambito di applicazione «le materie disciplinate dalla direttiva 96/71/CE» (art. 17 punto 2).

Invero, la direttiva 96/71 non è in grado di assicurare che le imprese che prestano servizi nel territorio di uno Stato membro ospitante siano tenute ad applicare integralmente il diritto del lavoro di questo ai loro dipendenti ivi distaccati. La direttiva prevede che ai lavoratori distaccati trovi applicazione la regolazione dello Stato ospitante (dettata dalla legge o da contratti collettivi con efficacia *erga omnes*) in materia di retribuzioni minime, orario di lavoro, ferie retribuite, somministrazione di lavoro, sicurezza, salute e igiene sul lavoro, condizioni di lavoro di gestanti o puerpere, bambini e giovani, condizioni di non discriminazione tra lavoratori. Rimangono quindi soggetti alla disciplina del diverso Stato di stabilimento dell'impresa – per citare gli istituti più significativi – il diritto di sciopero, gli oneri previdenziali, le condizioni di assunzione e di licenziamento, nonché le rispettive tutele giudiziali (reintegra e/o risarcimento). Ambiti questi sufficientemente ampi ed economicamente significativi per innescare una competizione regolativa tra gli Stati membri anche nella disciplina dei rapporti di lavoro, soprattutto ora che i nuovi paesi entrati dopo il Trattato di Atene conoscono standard di protezione sensibilmente più ridotti e non appaiono intenzionati a rinunciare a utilizzare questo fattore di competitività delle imprese nazionali nel mercato unico e, al contempo, di attrazione delle imprese degli altri Stati a stabilirsi nel loro territorio⁵.

L'estensione dell'applicazione del diritto del lavoro dello Stato ospitante ai lavoratori distaccati da imprese stabilite in un diverso Stato membro anche a materie diverse da quelle espressamente enumerate dalla direttiva 96/71 è consentita solo

⁴ Si veda per tutti S. Sciarra, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia europea*, «Diritto del mercato del lavoro», 2000, n. 3, p. 587 e seguenti; M. Roccella, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, «Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali», 1999, n. 1, p. 33 e seguenti.

⁵ Si veda J. Kvist, *Does EU Enlargement Start a Race to the Bottom? Strategic Interaction among EU Member States in Social Policy*, «Journal of European Social Policy», 14, 2004, n. 3, p. 301 e seguenti; A. Lo Faro, «*Turisti e vagabondi*»: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini, «Lavoro e diritto», 2005, n. 3, p. 437 e seguenti.

ove tale estensione risponda a finalità di «ordine pubblico». In assenza di una formulazione della nozione di ordine pubblico sia nei trattati istitutivi sia nel diritto comunitario derivato, si assiste a una contrapposizione tra l'interpretazione che ne adottano da un lato i paesi fondatori della Comunità (in particolare Francia, Germania, Belgio e Italia) – secondo i quali tutto il diritto del lavoro sarebbe ricompreso in tale nozione – e, dall'altro lato, la Gran Bretagna e i *newcomers*, secondo cui l'estensione dell'applicazione del diritto nazionale per materie non previste dalla direttiva 96/71 risponderrebbe a finalità di ordine pubblico in casi assolutamente eccezionali⁶. In questo braccio di ferro, la Corte non ha ancora espresso un orientamento effettivamente illuminante. Ciò che può darsi per assodato è soltanto che il giudice comunitario ha privato di ogni legittimazione l'idea che possa rispondere a finalità di ordine pubblico l'utilizzo del diritto del lavoro nazionale in senso protezionistico, al fine cioè di proteggere le condizioni di lavoro dei cittadini nazionali dalla concorrenza dei lavoratori stranieri senza che questi ultimi traggano alcun vantaggio effettivo dall'applicazione del diritto del lavoro dello Stato ospitante⁷.

Alla soluzione di queste problematiche non offre il minimo contributo la previsione, ora inserita nella versione definitiva della direttiva Bolkestein, secondo cui la direttiva «non pregiudica la legislazione del lavoro [...] che gli Stati membri applicano in conformità del diritto nazionale che rispetta il diritto comunitario» (art. 1 punto

⁶ Si veda M. Biagi, *La fortuna ha ariso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, «Diritto delle relazioni industriali», 1996, n. 3, p. 3 e seguenti; G. Orlandini, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori tra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni della direttiva n. 71 del 1996*, «Argomenti di diritto del lavoro», 1999, n. 2, p. 465 e seguenti; I. Viarengo, *La legge applicabile al lavoratore distaccato in un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi*, in B. Nascimbene (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Giuffrè, Milano 1998, p. 175; P. Davies, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, «Common Market Law Review», 34, 1997, p. 589 e seguenti; P. Davies, *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, «Industrial Law Journal», 31, 2002, n. 3, p. 300 e seguenti; R. Giesen, *Posting: Social Protection of Workers vs. Fundamental Freedoms?*, «Common Market Law Review», 40, 2003, p. 144 e seguenti; M. Houwerzijl, *Posting of Workers: Background, Content and Implementation of Directive 96/71/EC*, «Construction Labour Research News», 2005, n. 2, p. 22 e seguenti; A. Ojeda Aviles, *European Collective Bargaining and Posted Workers. Comments on Directive 96/71/EC*, «International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations», 1997, p. 127 e seguenti.

⁷ Cfr. Cgce sent. 23.11.1999, C 369/96, C 366/96, *Arblade*, Racc. 1999, I-8453; Cgce sent. 25.10.2001, C-493/99, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, Racc. 2001, I-8163; Cgce sent. 15.3.2001, C-165/98, *Mazzoleni*, Racc. 2001, I-2189; Cgce sent. 25.10.2001, C 49/98, 50/98, 52/98, 54/98, 68/98, *Finalarte*, Racc. 2001, I-7831; Cgce sent. 24.1.2002, C 164/99, *Portugaia Construcoes Lda*, «Il Foro italiano», 2002, IV, p. 216 e seguenti; Cgce sent. 12.10.2004, C 60/03, *Wolff & Muller GmbH & Co. Kg v. José Filipe Pereira Felix*, Cgce sent. 19.1.2006, C 244/04, *Commissione v. Germania*.

6). Raramente si è vista una norma tanto altisonante quanto inutile. Il problema, infatti, è proprio segnare i limiti entro cui è conforme al diritto comunitario l'applicazione della legislazione nazionale del lavoro.

Estremamente rilevante – seppur in senso negativo – è invece la modifica da ultimo apportata dal Consiglio al punto 7 dello stesso art. 1 della direttiva. È stato cancellato ogni riferimento al rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza, e i diritti di «negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali», incondizionatamente riconosciuti sia nel testo adottato dal Parlamento europeo in prima lettura sia nella successiva proposta della Commissione, vengono invece ora riconosciuti nei limiti in cui esercitati «in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario». Ancora una volta, si tratta di un mirabile esercizio dell'arte del non decidere. L'ammissibilità e gli eventuali limiti delle azioni sindacali e/o delle previsioni della contrattazione collettiva nazionale che producono effetti restrittivi della concorrenza costituiscono un problema centrale per il futuro delle relazioni industriali nell'Unione Europea che è stato già rimesso al sindacato della Corte di Giustizia che dovrebbe pronunciarsi a breve⁸; avrebbe invece anch'esso meritato una risposta politica.

CONCLUSIONI

Il progredire del processo di integrazione fa avvertire in modo non più sostenibile la mancanza di una «costituzionalizzazione» di diritti sociali fondamentali comuni, dotati di precettività giuridica in tutti gli Stati membri e non – come invece previsto nel Trattato costituzionale comunitario di cui sono al momento quanto mai incerti gli esiti – semplicemente legittimanti la loro previsione negli ordinamenti degli Stati più «volenterosi»⁹. Se sussiste un quadro di valori sociali fondanti effettivamente condivisi, può anche accettarsi in un mercato senza barriere di sorta una parziale competizione sulle condizioni normative e i costi del lavoro, operata però nel rispetto di tali valori. In assenza di un sistema valoriale sovraordinato, invece, difficilmente si potrà evitare che i cittadini degli Stati membri che hanno goduto di elevati livelli di

⁸ Cfr. Corte di lavoro di Stoccolma ord. 15 settembre 2005, «Rivista italiana di diritto del lavoro», 2006, II, p. 229 e seguenti, con mia nota, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro ha già la sua Bolkestein?*, C. Woolfson e J. Sommers, *Labour Mobility in Construction: European Implications of the Laval un Partneri Dispute with Swedish Labour*, «European Journal of Industrial Relations», 12, 2006, n. 1, p. 49 e seguenti; G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, Working Paper del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo «Massimo D'Antona» .INT, n. 45/2006.

⁹ Cfr. M. Pallini, *Il Trattato costituzionale europeo tra valenza simbolica ed efficacia giuridica*, in G. Ferrara, M. Pallini e B. Veneziani (a cura di), *Costituzione europea: quale futuro?*, Ediesse, Roma 2006, p. 117 e seguenti.

Massimo Pallini
La direttiva Bolkestein
non ha peccati
se non... l'ignavia

*URGE • Sulla direttiva
Bolkestein*

protezione percepiscano l'allargamento dell'Europa e la maggiore apertura dei mercati come attentati diretti alle loro personali condizioni di vita e di lavoro.

Come ha scritto Maurizio Ferrera¹⁰ sulle pagine di questa rivista, per superare l'attuale fase di stallo del progetto europeo è essenziale far comprendere che un'Europa genuinamente *liberale* non significa affatto un'Europa *liberista*; le parole della direttiva Bolkestein non sembrano quelle adatte a questo scopo.

¹⁰ M. Ferrera, *Un'Europa meno fragile, se più liberale*, «Biblioteca della libertà», XLI, 2006, n. 184, pp. 19-31.