

La costituzione sociale nel diritto della crisi

Stefano Giubboni*

Sono molto grato agli organizzatori del convegno per l'invito rivoltomi, ed il ringraziamento, in questo caso, si unisce ad una rimembranza invero un po' nostalgica, perché ricordo che Antonio Cantaro promosse, se non erro nove anni fa, lì alla vigilia di una crisi costituzionale molto meno grave di quella che viviamo oggi (perché si era prossimi alla bocciatura referendaria del progetto di Trattato per la Costituzione europea), un seminario che è rimasto nelle nostre menti. Alcuni dei colleghi presenti parteciparono, come me, a quel seminario e ne condivideranno senz'altro il ricordo.

Io eviterò di svolgere una relazione organica, anche perché buona parte degli argomenti, che esprimerei con capacità certamente inferiore a quella di chi mi ha preceduto, sono stati affrontati organicamente dai relatori di questa e delle precedenti sessioni, a cominciare da Gonzalo Maestro Buelga. Eviterò, quindi, di sovrappormi inutilmente ai molti elementi di analisi, condivisibili e condivisi, che sono stati offerti dai colleghi, per svolgere, piuttosto, in parziale contrappunto alle loro relazioni, una sorta di intervento adesivo autonomo rispetto ad esse, per usare il gergo processualistico, soffermandomi su talune delle questioni sollevate dal tema della costituzione sociale nella crisi europea.

1. I trenta gloriosi

Vorrei partire, per proporvi un primo contrappunto, proprio dalla questione diffusamente affrontata da Gonzalo Maestro Buelga, per argomentare un parziale dissenso rispetto alla sua impostazione. Io rimango infatti convinto della piena validità euristica della tesi che ebbi a svolgere nella mia monografia mulinesca del 2003 circa la virtuosa separazione funzionale, nell'assetto costituzionale comunitario delle origini, tra la sfera della costituzione economica sovranazionale e la sfera delle costituzioni sociali nazionali.

Diversamente da Maestro Buelga, continuo a ritenere che tra il processo di integrazione europea e la costruzione del *welfare state* nazionale non ci sia stata, per un lungo tratto, alcuna contrapposizione, né che quella tensione, che certamente si manifesta oggi in modo drammatico soprattutto nei paesi scossi dalla grande recessione, sia dovuta ad una sorta di costitutiva e originaria incompatibilità tra la costituzione di mercato europea e i sistemi di diritto del lavoro e di protezione sociale degli Stati membri dell'Unione. Mi sembra, infatti, che tale tesi radicale – che se ben intendo individua una inconciliabilità di fondo tra il processo d'integrazione economica, come prefigurato dai Trattati istitutivi, e il costituzionalismo democratico e sociale nazionale – sia smentita anzitutto sul piano storico, visto che, storicamente, quello che in un famoso saggio Fritz Scharpf ha chiamato il *de-coupling* tra il piano della integrazione economica

* Stefano Giubboni è Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università di Perugia.

(comunitaria) e il piano della integrazione sociale (nazionale) ha garantito all'Europa del trentennio glorioso una crescita tanto delle istituzioni del mercato comune, quanto di quelle del *welfare state* nazionale.

2. L'integrazione attraverso il diritto

Questa ricostruzione del processo integrativo nella sua fase formativa è peraltro perfettamente coerente con un altro paradigma interpretativo, a lungo dominante negli studi di diritto comunitario, quello che possiamo convenzionalmente evocare con la celebre formula della *integration-through-law*. Anche questo paradigma presupponeva, infatti, una sorta di virtuoso equilibrio – simmetrico a quello che l'altro modello individuava tra il processo d'integrazione del mercato e lo sviluppo del *welfare state* – tra la sovranazionalità normativa del processo integrativo, affidata all'effetto diretto e al primato del diritto comunitario, e la intergovernatività del processo politico-decisionale sovranazionale, attento, come tale, alla salvaguardia delle istanze e, quindi, delle stesse prerogative dei processi democratici (e sociali) nazionali.

Tra costruzione del mercato comune e costituzionalismo democratico e sociale nazionale non c'è dunque stata, per una lunga fase, alcuna contraddizione di fondo. Si può anzi dire che l'acme del processo storico di costruzione dei modelli di *welfare* nazionale, avviato nel secondo dopoguerra, sia stato raggiunto insieme alla prima fase di edificazione delle istituzioni del mercato comune e alla costituzionalizzazione dei Trattati da parte della “giurisprudenza eroica” della Corte di giustizia. Intendo fare questa precisazione in contrappunto alla relazione di Maestro Buelga perché in realtà quel modello è entrato effettivamente in crisi, a partire *grosso modo* dalla fine degli anni '80, in ragione del fatto, da un lato, che le tecniche di costruzione del mercato interno, di quella che potremmo chiamare la costituzione microeconomica europea, sono cambiate radicalmente, e, dall'altro, che sono state simultaneamente trasformate le strutture portanti della costituzione macroeconomica sovranazionale con la decisione fondamentale di creare una moneta (unica) senza Stato.

3. La cesura degli anni '90

La giurisprudenza della Corte di giustizia prima, e l'Atto unico europeo poi, hanno anzitutto cambiato radicalmente il volto della costituzione microeconomica europea, attribuendo alle libertà economiche fondamentali una forza del tutto sconosciuta in precedenza.

Mi basti qui fare l'esempio, peraltro notissimo, del modo in cui è stata reinventata la libertà di prestazione dei servizi nel mercato interno, dotandola di una forza di penetrazione formidabile sui terreni, sino ad allora protetti, dei diritti del lavoro nazionali. Anche in tale ambito la Corte di giustizia è infatti passata, all'inizio degli anni '90, da un modello di applicazione della libertà fondamentale basato su un *test* antidiscriminatorio, come tale coerente con il principio di territorialità del diritto sociale nazionale e con il principio di parità di trattamento nel paese di destinazione della prestazione del servizio, ad un modello rovesciato fondato sul criterio dell'accesso al mercato, ovvero del divieto di ostacoli anche non discriminatori. Il quale ha per l'appunto fondamentalmente finito per rovesciare il criterio di individuazione della sede

di competenza regolativa della prestazione dei servizi (e quindi, di massima, anche delle prestazioni lavorative correlate alla prestazione transnazionale di servizi), spostandola dallo Stato di destinazione a quello di origine.

4. *Laval e Rüffert*

Questo rovesciamento del modo di intendere le libertà economiche fondamentali ha raggiunto il proprio culmine, con le famose sentenze *Laval* e *Rüffert*, mentre cominciava a dispiegarsi il potenziale di competizione regolativa connesso al grande allargamento a Est dell'Unione europea.

Una sentenza recente su un caso paradigmatico di delocalizzazione competitiva, sottoposto ai giudici di Lussemburgo grazie al rinvio pregiudiziale di un giudice tedesco, ha permesso alla Corte di giustizia di aggiungere un nuovo tassello alla costruzione di questo ordine perfettamente concorrenziale del mercato interno. Se il *dumping* sociale eventualmente collegato al distacco di manodopera a basso costo nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi può legittimamente innescare una difesa del nucleo essenziale dei valori dell'ordinamento lavoristico nazionale, seppure per l'appunto limitata al solo "nocciolo duro" di quei valori, come affermato in *Laval* e *Rüffert*, viceversa non può autorizzare una difesa contro processi di delocalizzazione competitiva che sono esplicitamente basati sullo sfruttamento dei differenziali di costo del lavoro tra i due paesi, a vantaggio del paese dove si esternalizza la produzione del servizio.

Nel caso *Bundesdruckerei GmbH* si faceva in particolare questione di una normativa tedesca che imponeva ad un'impresa appaltatrice di rispettare i minimi salariali, vigenti nel *Land* di appartenenza dell'amministrazione aggiudicatrice dell'appalto pubblico di servizi, anche nel caso in cui la ditta appaltatrice avesse dato in sub-appalto l'esecuzione del servizio a soggetti localizzati in un diverso Stato membro (nella specie, la Polonia), nel quale fossero operanti livelli retributivi inferiori ai suddetti minimi, con ciò imponendo in qualche modo il rispetto dell'ordine pubblico sociale nazionale anche in caso di processi di delocalizzazione (competitiva). La Corte di giustizia non ha avuto alcuna difficoltà a dichiarare l'incompatibilità di questa normativa nazionale con l'art. 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, per contrasto con la libertà fondamentale di prestazione dei servizi. E pur non essendovi a rigore tenuta, visto che non si trattava di un caso rientrante nel campo di applicazione della direttiva sul distacco 96/71, ha anche voluto puntigliosamente ribadire i noti principi affermati in *Rüffert*.

5. De-politicizzazione e de-legalizzazione del diritto europeo della crisi

Vorrei ora passare ad altro aspetto importante affrontato da Maestro Buelga, ma ben presente in molte altre relazioni, a partire da quella generale di Christian Joerges, che anche a me preme sottolineare, stavolta in sostanziale sintonia con chi mi ha preceduto. Il diritto europeo della crisi ha, per così dire, radicalizzato quella tendenza alla marginalizzazione delle istanze normative del costituzionalismo democratico e sociale, già avviata dal mutamento della costituzione economica comunitaria cui ho appena fatto

riferimento. Intendo dire che il nuovo diritto europeo della crisi ha radicalizzato la tendenziale espulsione dal nucleo della costituzione europea di quelle istanze di tutela di valori sociali (giustizia sociale, solidarietà), e finanche di quelle istanze normative legate al riconoscimento del ruolo della democrazia rappresentativa e della democraticità dei processi politico-decisionali, che sono quintessenziali alle costituzioni nazionali; e ciò ha fatto accentuando due dinamiche, solo apparentemente contraddittorie, che sono contestualmente di spoliticizzazione tecnocratica, da un lato, di de-legalizzazione o de-costituzionalizzazione (come l'ha definita Joerges), dall'altro.

Apparentemente si tratta di processi contraddittori; il realtà, de-politicizzazione e de-legalizzazione convergono verso lo stesso risultato, costituito dalla marginalizzazione di quelle istanze normative centrali nel costituzionalismo democratico e sociale nazionale, di cui ho appena detto. La spoliticizzazione è evidente nel sovraccarico di regole pseudo-tecniche sul governo dell'economia: nel tentativo di cancellare la "discrezionalità intelligente" dei decisori politici (anzitutto nazionali) nella gestione macroeconomica. Il *Six-pack*, il *Two-pack*, il *Fiscal Compact*, come ha dimostrato la relazione di De Ioanna, hanno davvero realizzato uno sforzo senza precedenti di spodestamento della politica, per utilizzare la celebre espressione di Hayek.

Nello stesso tempo, ciò è avvenuto con uso spregiudicato del diritto, su cui Joerges ha detto cose fondamentali che non sto ovviamente a ripetere. Poiché è avvenuto con meccanismi che rompono la *rule of law* europea, che mettono questi processi tecnocratici di detronizzazione della *democratic politics* al riparo da ogni effettivo controllo giurisdizionale, oltre che dallo stesso controllo democratico.

Siamo in presenza di una forma affatto inedita di federalismo esecutivo post-democratico, come l'ha definita Habermas, o di autoritarismo manageriale, come l'ha chiamata Joerges. Si tratta di formule molto efficaci che ben definiscono il carattere e l'effetto fondamentale del diritto europeo della crisi, che è quello di assicurare una spoliticizzazione spinta del governo dell'economia nazionale attraverso il *medium* del diritto, sottraendo allo stesso tempo tale *governance* tecnocratica ai controlli classici della *rule of law*. Quindi de-politicizzazione e de-legalizzazione insieme, in una miscela antidemocratica che costituisce in qualche modo l'*ubi consistam* più dirompente del nuovo diritto europeo della crisi.

6. La caduta di prescrittività dei diritti sociali

Da giuslavorista io non posso esimermi dal fare infine qualche cenno all'impatto di questo nuovo ordine post-democratico e post-costituzionale europeo sui sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale. A livello nazionale si assiste a quello che chiamerei uno svuotamento o meglio una rapida caduta di prescrittività dei diritti sociali garantiti dalle costituzioni democratiche novecentesche.

Il processo di de-costituzionalizzazione ha dunque una dimensione interna, con una ricaduta diretta sugli ordinamenti nazionali. Di recente mi è capitato di prender parte a una ricerca coordinata da Bruno De Witte e Claire Kilpatrick all'Istituto Universitario Europeo di Firenze sull'impatto della crisi nei cinque paesi che ne sono stati più duramente colpiti – la Spagna, l'Italia, la Grecia, il Portogallo e l'Irlanda –, nella quale ci siamo fondamentalmente chiesti se le costituzioni sociali nazionali, i rugiadosi cataloghi dei diritti sociali sanciti nelle carte fondamentali di questi paesi, siano stati capaci di esprimere una forza di resistenza, di "resilienza antimaggioritaria", nei

confronti delle pressioni riduttive scaricate dal nuovo diritto europeo della crisi sui sistemi di diritto del lavoro nazionali. La risposta è stata fundamentalmente negativa, sia pure con sfumature diverse, in particolare con riguardo al caso italiano.

Noi abbiamo sperimentato in questi anni interventi che hanno cambiato profondamente, e finiranno forse per cambiare definitivamente, il volto del diritto del lavoro italiano. Il *Jobs Act* in realtà è solo l'ultimo di questi interventi: ancorché si tratti di quello probabilmente più incisivo, esso si colloca su una scia molto lunga di interventi di riforma del mercato del lavoro adottati dal Governo e dal Parlamento italiano, a partire almeno dal 2011, sotto la pressione crescente delle istituzioni comunitarie al fine di traghettare il sistema italiano fuori dalla crisi economica e finanziaria.

Ebbene, questi interventi, anche quelli potenzialmente più destabilizzanti (come la norma di cui all'art. 8 del decreto-legge n. 138 del 2011), sono passati sostanzialmente indenni al vaglio di costituzionalità, che ha al più inciso su di essi per aspetti del tutto marginali. Ed è significativo che, anche nei casi per l'appunto marginali in cui si è risolta a censurare le scelte effettuate dal nostro legislatore, la Corte costituzionale non abbia mai fatto uso del sottosistema dei diritti sociali per dichiarare la illegittimità costituzionale delle norme scrutinate, ma si sia fundamentalmente rifatta, con esiti peraltro molto oscillanti e discutibili, all'art. 3 della Costituzione, ovvero al principio di eguaglianza/ragionevolezza (basti per mente alla bocciatura del cosiddetto contributo di solidarietà sulle pensioni più elevate).

Anche questo è un sintomo di quella caduta di prescrittività dei diritti sociali di cui ho detto poc'anzi, in quanto dimostra il progressivo svuotamento di contenuto precettivo sostanziale dei parametri offerti da norme chiave della costituzione sociale nazionale, quali quelli di cui agli artt. 35, 36 e 38 della Costituzione.

7. Contro-movimenti?

Non voglio aggiungere altro; mi limito però a due brevi osservazioni conclusive sulle prospettive che anche Gonzalo Maestro Buelga ha voluto delineare nella sua relazione.

Anche io sono fundamentalmente convinto che solo un contro-movimento democratico, per evocare Karl Polanyi, potrebbe correggere queste dinamiche di vera e propria rottura dei fondamenti sociali e democratici dell'economia di mercato in atto in Europa. Purtroppo è difficile oggi cogliere con chiarezza i germi di un tale contro-movimento e delle forze sociali e politiche che se ne possano fare portatrici; mentre sono evidenti, nella crescita esponenziale dei populismi xenofobi e nazionalistici in tutta Europa, i segni inquietanti di un altro contro-movimento, autoritario e antidemocratico, che – nella perdurante assenza di risposte politiche adeguate e realmente efficaci – potrebbe portare alla disgregazione dell'Unione europea.

Nessuno di noi può naturalmente sapere che cosa ci riserverà il futuro. Certo le forze disgregatrici del progetto unitario europeo sono oggettivamente rafforzate dal fatto che l'attuale forma di federalismo esecutivo post-democratico distribuisce vantaggi e svantaggi ai paesi membri dell'Unione, e dell'eurozona in particolare, in modo fortemente asimmetrico, scavando solchi sempre più profondi tra i paesi del Nord e quelli della fascia meridionale, non solo mediterranea. Sta così diventando sempre più difficile uscire da quella sorta di dilemma del prigioniero in cui ci siamo auto-intrappolati con il *Fiscal compact*. Il pessimismo che traspare nelle analisi fatte anche da chi mi ha

preceduto è del tutto giustificato dalla gravità della situazione e dalla difficoltà di individuare vie d'uscita a somma positiva per tutti i giocatori (o i prigionieri).

Né mi pare che la traiettoria costituzionale che Christian Joerges ha rappresentato nella formula nota di un nuovo *conflict-of-laws*, consistente essenzialmente in una riduzione delle finalità dell'integrazione europea come strumento di correzione dei deficit democratici nazionali e come forma di governo tollerante delle differenze dei sistemi economici e sociali nazionali, sia oggi in grado di rispondere, da sola, alla gravità della crisi europea. La proposta di Joerges, indubbiamente di grande suggestione, come dimostrano le numerose adesioni e i tentativi anche recenti di rivisitazione (penso a quello proposto da Marco Dani nella sua bella monografia del 2013 con CEDAM: *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*), è probabilmente applicabile in contesti diversi da quello che ci squaderna – con crescente drammaticità – la crisi in atto. Dà ad esempio preziose indicazioni teoriche per ogni serio tentativo di trovare un equilibrio costituzionale diverso nel rapporto tra le libertà economiche fondamentali e le istanze normative democratiche degli ordinamenti costituzionali nazionali. Temo, però, che, *de iure condito*, ben poco possa dirci sulla correzione di quelle spaventose nuove asimmetrie prodotte dal diritto europeo della crisi, ove per l'appunto non ci si collochi apertamente nella prospettiva del superamento del *Fiscal compact* e della radicale riscrittura del contratto sociale europeo.

Ma anche quella che ho appena evocato è probabilmente una prospettiva velleitaria, destinata – nonostante i nostri migliori auspici – alla sconfitta. Il che aumenta, in me, oltre al pessimismo condiviso con molti dei presenti, anche l'amarcord per il seminario urbinato di nove anni fa.