

L'ASSICURAZIONE CONTRO GLI INFORTUNI SUL LAVORO E LE MALATTIE PROFESSIONALI NEL PRISMA DELLA COSTITUZIONE ECONOMICA DELL'UNIONE EUROPEA

STEFANO GIUBBONI*

SOMMARIO

1. Premessa. - 2. Assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e regole di concorrenza. - 3. Assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e regole del mercato interno dei servizi. - 4. Conclusioni.

1. Premessa

Nella sostanziale assenza di politiche di armonizzazione in materia previdenziale, la dimensione europea dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali si è come noto misurata - nella fase più recente del processo di integrazione - prevalentemente in rapporto alle regole poste dai Trattati istitutivi a presidio del libero funzionamento del mercato.

Il confronto con le regole del mercato - dapprima con quelle in materia di tutela della concorrenza e poi con quelle dirette ad assicurare la libera prestazione dei servizi - non ha riguardato, peraltro, soltanto i sistemi nazionali di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro: i primi - e più celebri - casi pervenuti al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea hanno come noto riguardato i regimi pensionistici, e in particolare quelli (sia facoltativi che obbligatori) di natura integrativa¹. Nondimeno, il rapporto tra i sistemi di tutela previdenziale contro gli infortuni e le malattie professionali e quelli che, con espressione sintetica, potremmo chiamare i principi e le regole della costituzione economica

* Professore di Diritto del lavoro nell'Università di Perugia.

1 Basti ricordare il caso in qualche modo capostipite di questo filone (cause C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*) e, soprattutto, la celebre sentenza *Albany International BV* (causa C-67/96). La letteratura in tema è come noto straripante; per un inquadramento sistematico di questa giurisprudenza si può tuttavia ancora utilmente rinviare s. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 165 ss.

dell'Unione europea, esibisce, rispetto ad altre vicende di segno analogo², tratti problematici sicuramente peculiari, che ne fanno un caso di indubbio interesse sul piano teorico.

La ragione di ciò va con ogni probabilità rintracciata nella peculiare persistenza del principio assicurativo, collegato alla gestione del rischio professionale, nella strutturazione della tutela previdenziale contro gli infortuni sul lavoro³. L'ordinamento previdenziale italiano non costituisce, da tale punto di vista, un'eccezione sul piano comparato: una specifica resilienza del principio assicurativo in tale ambito di tutela caratterizza, infatti, anche altri sistemi, in particolare nei paesi che - ricorrendo ad una formula piuttosto invecchiata, che nel nostro caso conserva, tuttavia, una certa valenza euristica⁴ - possiamo definire di tradizione bismarckiana. Ed è evidente che quanto maggiore è la (residua) rilevanza del principio assicurativo (nella selezione dei soggetti assicurati come nella organizzazione finanziaria del sistema o nella disciplina del suo finanziamento), tanto maggiore sarà la (potenziale) *vis* attrattiva esercitata dalle regole in materia di mercato e concorrenza dei Trattati istitutivi.

2. Assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e regole di concorrenza

È non a caso proprio dalla considerazione della perdurante logica assicurativa, che di certo caratterizza taluni rilevanti profili della tutela previdenziale contro gli infortuni sul lavoro, che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato prese le mosse, nel 1999, per segnalare a Governo e Parlamento l'esigenza di una radicale riforma della materia, con sostanziale attribuzione al mercato, pur opportunamente regolamentato, delle funzioni gestite dall'Inail in regime di monopolio legale⁵. La segnalazione dell'Antitrust - intervenuta quando era in discussione la richiesta di *referendum* abrogativo del monopolio dell'Inail proposta all'epoca dai Radicali - avrebbe poco dopo direttamente ispirato la sottoposi-

2 Si pensi per esempio anche alla giurisprudenza sui sistemi di tutela della salute, tanto se strutturati secondo il modello delle casse mutue (come nel caso *AOK Bundesverband*, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354701 e C-355/01), quanto se organizzati nella forma del servizio sanitario universale (come nel caso *FENIN*, C-205703). Per una analisi di tale filone sia consentito l'ulteriore rinvio a S. GIUBBONI, *Previdenza pensionistica complementare e regole del mercato integrato*, in *Lav. dir.*, 2008, pp. 651 ss., spec. pp. 656-658.

3 V. per tutti, e più di recente, M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, CEDAM, Padova, 2014 (ventesima edizione), pp. 161 ss.; S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infurtuni sul lavoro e malattie professionali*, CEDAM, Padova, 2014, pp. 1 ss.

4 Sulla declinante capacità euristica e classificatoria di tale formula v. ora i contributi raccolti nell'importante volume curato da B. PALIER (ed.), *A Long Goodbye to Bismarck? The Politics of Welfare Reform in Continental Europe*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2010.

5 Per un'ampia analisi critica della segnalazione dell'Antitrust cfr. M. FUCHS e S. GIUBBONI, *Monopolio dell'Inail e Antitrust: profili di diritto interno e di diritto comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, rispettivamente pp. 721 ss. e 734 ss.

zione della questione pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice del lavoro di Vicenza⁶.

Al di là dei concreti esiti della complessa vicenda così avviata, come noto risolta dalla Corte nel senso della natura non economica dell'attività dell'Inail (e, quindi, della piena legittimità comunitaria del relativo monopolio), quella segnalazione ha rappresentato in certo modo un punto di svolta, quantomeno ideale, nel lungo dibattito teorico sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, su cui è utile soffermarsi per delineare quella che potremmo chiamare la traiettoria costituzionale della più longeva forma assicurativo-sociale italiana nel contesto del diritto dell'Unione europea.

Nella segnalazione del febbraio 1999 l'Autorità aveva sostenuto in modo netto che le funzioni assicurative affidate al monopolio all'Inail, in ragione delle loro effettive caratteristiche, potessero ben essere affidate a soggetti privati operanti in regime di concorrenza, pur nel quadro di un'adeguata regolamentazione pubblica del mercato. Secondo l'Autorità, l'intervento dello Stato - pur essenziale per garantire il diritto dei lavoratori a mezzi adeguati alle esigenze di vita - non avrebbe dovuto necessariamente implicare l'attuale regime di monopolio legale in favore dell'Inail, ma si sarebbe dovuto piuttosto limitare a individuare - nell'ambito d'un sistema che affidasse al mercato la ricerca delle soluzioni assicurative più economiche ed efficaci - un quadro regolativo finalizzato ad una congrua tutela dell'interesse protetto dall'art. 38 Cost.

In tale ottica, lo Stato avrebbe dovuto definire le condizioni affinché, da un lato, le prestazioni assicurative fossero comunque garantite anche in caso di inadempimento dell'obbligo contributivo (ad esempio attraverso un apposito fondo pubblico di garanzia) e, dall'altro, fosse assicurata una misura minima di indennizzo, fissata dalla legge in conformità alla previsione di cui all'art. 38, secondo comma, Cost. Una disciplina volta ad evitare distorsioni della concorrenza (per impedire che i cd. «rischi cattivi» potessero essere eccessivamente penalizzati dal mercato) avrebbe, infine, completato il quadro dell'intervento regolativo pubblico immaginato, non senza ambiguità, dall'Autorità garante.

Nel formulare tali proposte, l'Authority si spingeva tuttavia oltre, per cercare direttamente nella forza cogente del diritto comunitario della concorrenza un ancoraggio ancora più solido. La segnalazione prospettava, infatti, una situazione di contrasto tra le regole comunitarie in materia di concorrenza e la posizione di monopolio attribuita dalla legge all'Inail, che per l'Autorità andava senz'altro qualificato come impresa ai sensi del Trattato, in quanto soggetto svolgente un'attività assicurativa strutturalmente e funzionalmente assimilabile a quella posta in essere sul mercato dagli operatori privati. L'Antitrust nazionale solleva-

6 Cfr. S. GIUBBONI, *I monopoli previdenziali tra diritto comunitario della concorrenza e principi solidaristici della Costituzione. Convergenze «pratiche» e conflitti «teorici»*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 685 ss.; M. FUCHS, S. GIUBBONI, *Das Monopol der gesetzlicher Unfallversicherung auf dem Prüfstand des Europäischen Gerichtshofs*, in *Die Berufsgenossenschaft*, 2001, pp. 320 ss.

va così due questioni di fondo, di per sé eccedenti l'ambito dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni, che pure ne costituiva il banco di prova più emblematico. La prima (e forse più rilevante) questione atteneva (ed attiene) al significato della garanzia costituzionale posta dall'art. 38, secondo e quarto comma, Cost. in materia di tutela previdenziale (anche) per gli infortuni e le malattie professionali; la seconda coinvolgeva più specificamente i rapporti tra la disciplina di cui al Testo unico del 1965 e il diritto comunitario della concorrenza, ponendosi come nuovo capitolo di una sempre più visibile tendenza di quest'ultimo ad esercitare la sua penetrante influenza - ad «infiltrarsi», secondo una nota espressione⁷ - in alcune delle aree più gelosamente custodite del *Welfare State* nazionale.

Riprendendo le linee essenziali dell'argomentazione svolta nella segnalazione dell'Antitrust, il Tribunale di Vicenza aveva motivato la richiesta di rinvio pregiudiziale sul monopolio legale dell'Inail sulla base del fatto che - pur a fronte di taluni connotati solidaristici (tra i quali spiccava quello costituito dal principio di automaticità delle prestazioni) - apparivano tuttavia prevalenti gli «elementi caratteristici degli enti che svolgono attività puramente economiche», come ad esempio la correlazione tra premi e prestazioni, il parziale ricorso, nella gestione industriale, al metodo finanziario della capitalizzazione e l'impronta selettiva dovuta, più in generale, alla perdurante influenza del principio del rischio professionale. Il dubbio era quindi che l'Inail potesse essere qualificato come impresa ai sensi dell'odierno art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), con conseguente applicazione del diritto comunitario della concorrenza.

I dubbi interpretativi del Tribunale di Vicenza (e ancor prima dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) sono stati come ben noto sciolti dalla Corte di giustizia nel senso che quella dell'Inail non possa essere qualificata come attività economica, con conseguente inapplicabilità degli articoli 101 e seguenti del TFUE⁸. Nell'escludere che quella svolta dall'Inail potesse essere considerata attività d'impresa, la Corte di giustizia ha ripercorso - pur con qualche variazione di tono - l'itinerario argomentativo consolidato nella ormai abbondante giurisprudenza in materia di monopoli previdenziali.

Il filo rosso di tale giurisprudenza è rappresentato dalla costruzione di una nozione dinamica di solidarietà sociale quale limite applicativo delle regole di concorrenza. In buona sostanza, in presenza di determinati connotati dell'attività svolta

7 G. LYON-CAEN, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit ouvrier*, 1992, pp. 313 ss.

8 La sentenza, pronunciata il 22 gennaio 2002 in causa C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas contro Inail*, è pubblicata, tra l'altro, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, pp. 462 ss., con commento di O. BONARDI. Su di essa v., inoltre, tra gli altri, S. GIUBBONI, *Il monopolio dell'Inail e la Corte di Giustizia*, in *Dir. lav. Marche*, 2002, pp. 143 ss.; M. GAMBACCIANI, *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali tra monopolio, liberalizzazione e prospettive di riforma*, in *Dir. lav.*, 2002, II, pp. 117 ss.

dall'ente previdenziale⁹, la pur ampia nozione di impresa, utilizzata dal caso *Höfner*¹⁰ in avanti, diventa inapplicabile in ragione del carattere non economico ma solidaristico della stessa. La nozione di solidarietà rilevante a tal fine non è, però, definita dalla Corte in via generale, ma viene ricavata caso per caso in via induttiva sulla base di indici che solo col tempo si sono fatti più precisi.

La Corte ha storicamente utilizzato tre indici rivelatori della natura solidaristica dell'attività affidata all'ente previdenziale, anche se ha finito per attribuire ad essi, nel corso del tempo, un significato e un peso diversi. Essa ha fatto uso degli indici della solidarietà: *a*) distributiva (*i.e.*, tra soggetti più e meno abbienti della categoria o classe di riferimento); *b*) finanziaria (che si instaura, cioè, tra fondi o regimi rispettivamente *in deficit* e in avanzo); *c*) intergenerazionale (che si qualifica per essere realizzata tramite l'utilizzo del sistema di gestione a ripartizione in contrapposizione a quello della capitalizzazione).

L'indice decisivo affinché si possa escludere che l'attività dell'ente previdenziale sia qualificabile come economica è quest'ultimo: da un certo punto in poi, la Corte ha, infatti, mostrato di considerare sì rilevanti i primi due, ma essenzialmente al fine di valutare se - posta l'applicabilità degli artt. 101 e seguenti del TFUE - potessero ricorrere le condizioni per invocare la deroga stabilita dall'art. 106, par. 2, dello stesso Trattato. La ragione determinante di ciò è che solo l'utilizzo del metodo finanziario della ripartizione è strutturalmente incompatibile con un'attività di mercato ed esige necessariamente l'intervento dello Stato, in quanto - come chiarito dall'Avvocato generale Jacobs - «nessuno sarebbe disposto a pagare le pensioni di altri senza la garanzia che la generazione successiva faccia lo stesso», essendo proprio questa «la ragione per la quale storicamente è stato necessario introdurre sistemi di questo tipo, gestiti o quanto meno posti sotto la tutela dello Stato»¹¹.

La Corte ha in buona sostanza fatto uso di questi stessi concetti anche nel caso dell'Inail, pur se è innegabile - in questo caso - una rivalutazione dell'indice della solidarietà distributiva. In effetti, l'Avvocato generale Jacobs - pur concludendo nello stesso senso poi accolto dalla Corte - aveva mostrato un sostanziale scetticismo sulla rilevanza dirimente, *in casu*, dell'indice «principe» della solidarietà intergenerazionale. Egli aveva infatti opinato che, nel caso dell'Inail, «la filosofia generale del finanziamento che è alla base del regime nel settore industriale risulta [...] essere non molto diversa da quella che sarebbe seguita da un assicuratore privato», rispecchiandosi in essa «in prevalenza una logica assicurativa

⁹ La Corte di giustizia ha preso in esame, come ricordato, a partire dalla metà degli anni '90 dello scorso secolo, un'abbondante e variegata casistica, che ha coinvolto regimi pubblici e privati, legali e convenzionali, obbligatori e facoltativi; per un'analisi dettagliata di tale giurisprudenza facciamo ulteriore rinvio a S. GIUBBONI, *Fondi pensione e «competition rules» comunitarie*, ne *La previdenza complementare*, a cura di M. BISSONE e F. CARINCI, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI, UTET, Torino, 2004, pp. 110 ss.

¹⁰ Causa C-41/90.

¹¹ Così nelle conclusioni rese nella già citata causa C-67/96, *Albany International BV*.

basata sul rischio»¹². Ad indurre l'Avvocato generale ad escludere la natura imprenditoriale dell'attività dell'Istituto erano stati, da un lato, la circostanza che il nesso tra contributi e prestazioni è troppo tenue e indiretto per essere assimilato a quello tipico delle assicurazioni private, e, dall'altro, il fatto che in materia sia di contributi che di prestazioni le determinazioni finali sono tutte riconducibili a una decisione dello Stato, come tale svincolata da una logica mercantile.

La Corte di giustizia ha seguito un *iter* argomentativo che risulta maggiormente in linea con le indicazioni emergenti dalla propria precedente giurisprudenza. Essa, infatti, è stata attenta a recuperare tutta l'importanza dell'indice della solidarietà intergenerazionale, cioè della solidarietà che si esprime nell'adozione del metodo della gestione a ripartizione delle risorse finanziarie. Pur non richiamandolo in maniera espressa, la Corte ha invero fatto inequivocabile riferimento al sistema della ripartizione - che impronta la gestione della maggior parte delle risorse affluenti all'Istituto -, là dove ha ricordato che, insieme all'importo dei contributi, anche quello delle prestazioni è fissato dallo Stato e che le prestazioni debbono essere erogate indipendentemente dai contributi riscossi e dai risultati finanziari degli investimenti effettuati. Il criterio della ripartizione è, in tal modo, sostanzialmente evocato attraverso la delineazione delle conseguenze essenziali della sua adozione¹³.

Risulta nondimeno indubbio come i giudici europei, a fronte della problematicità delle indicazioni desumibili nel caso *Inail*, siano tornati ad assegnare un peso determinante all'indice della solidarietà distributiva, riscontrata nella «mancanza di un nesso diretto tra i contributi pagati e le prestazioni erogate», di per sé implicante «una solidarietà tra i lavoratori più retribuiti e quelli che, tenuto conto dei loro redditi esigui, sarebbero privati di un'adeguata tutela sociale qualora tale nesso esistesse»¹⁴. Nella motivazione della sentenza dei giudici di Lussemburgo - ed in particolare nel reingresso sulla scena, accanto all'indice della solidarietà intergenerazionale, di quello della solidarietà distributiva - è probabilmente avvertibile l'eco del ragionamento sulla cui base la Corte costituzionale italiana, con la sentenza n. 36 del 2000, aveva dichiarato inammissibile il *referendum* abrogativo del monopolio dell'*Inail* proposto dai Radicali. La Corte di giustizia ha in qualche modo tenuto indirettamente conto dell'orientamento espresso con quella pronuncia di inammissibilità dalla Consulta, in un costruttivo dialogo a distanza con quest'ultima.

3. Assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e regole del mercato interno dei servizi

Gli approdi della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale sulla funzione

¹² Così ai punti, rispettivamente, 58 e 60 delle conclusioni.

¹³ Per maggiori ragguagli sul punto v. S. GIUBBONI, *La previdenza di base e complementare nella giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza*, in *Riv. prev. pubbl. priv.*, 2002, pp. 685 ss.

¹⁴ Par. 42 della sentenza.

pubblica della tutela assicurativa affidata dalla legge all'Inail debbono peraltro misurarsi con un quadro di difficoltà crescenti, aggravate dalla grande crisi economico-finanziaria di questi anni, che tendono a rimettere apertamente in discussione il ruolo dello Stato nella garanzia della tutela previdenziale, soprattutto in ambito infortunistico. La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea offre al riguardo segnali contrastanti, come mostra emblematicamente, più di recente, il caso *Kattner*¹⁵, nel quale il monopolio garantito dall'ordinamento tedesco ad un ente gestore dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni nel settore metallurgico, pur essendo stato escluso dall'applicazione delle regole di concorrenza, è stato tuttavia in linea di principio assoggettato a quelle in materia di libera prestazione dei servizi, con i conseguenti rischi di attrazione nelle dinamiche del mercato interno e di simmetrico depotenziamento del ruolo dello Stato.

Tale sentenza costituisce l'epilogo di una vicenda passata relativamente in sordina in Italia, nonostante la vasta eco suscitata in Germania e l'oggettiva importanza delle questioni sottoposte al vaglio della Corte di giustizia. La pronuncia, che per una parte segue senza scosse una linea interpretativa ormai consolidata e come visto molto prudente in tema di applicazione del diritto della concorrenza ad istituti di natura previdenziale, imprime, per altro verso, una svolta assai discutibile alla giurisprudenza della Corte, laddove sottopone per la prima volta l'obbligo di iscrizione ad un ente gestore di un'assicurazione sociale, quale quella contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, al doppio scrutinio di adeguatezza/proporzionalità tipicamente richiesto per gli ostacoli non discriminatori alla libera prestazione dei servizi nel mercato interno.

La questione oggetto del rinvio pregiudiziale da parte del *Landessozialgericht* della Sassonia era sorta nell'ambito di un procedimento di impugnazione della decisione con cui la cassa previdenziale di categoria per il settore della costruzione meccanica e della carpenteria, competente per legge a gestire l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali in quel settore, aveva rigettato la richiesta della *Kattner* di recedere dal rapporto assicurativo pubblico, sull'ovvio presupposto che un atto di recesso fosse, nella specie, giuridicamente inammissibile. Confermata dal giudice di primo grado, la decisione era stata tuttavia ulteriormente contestata mediante l'interposizione dell'appello dinanzi al Tribunale regionale per le cause previdenziali della Sassonia, il quale ha sottoposto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali: in primo luogo, se la cassa in parola potesse essere considerata un'impresa cui imputare un abuso della propria posizione dominante nel mercato comune; in secondo luogo, se l'obbligo di iscrizione della *Kattner* alla *Maschinenbau-und Metall- Berufsge-*

¹⁵ Causa C-350/07, su cui cfr. i commenti critici di S. GIUBBONI, *Previdenza sociale e libertà di mercato in Europa dopo il caso Kattner. Una breve introduzione*, di M. FUCHS, *Monopolio dell'assicurazione contro gli infortuni in Germania e libera prestazione dei servizi in Europa*, e di I. STOLZI, *Storia e storie del Welfare (in margine alla sentenza Kattner)*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2009, rispettivamente pp. 707, 711 e 723 ss.

nossenschaft (di seguito, MMB) fosse comunque in contrasto con i principi in materia di libera prestazione dei servizi nel mercato interno.

La prima questione rievocava un ordine di problemi ormai sufficientemente definito nella pregressa elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia sui rapporti tra monopoli previdenziali e diritto comunitario della concorrenza, su cui ci si è già soffermati sopra. V'era dunque da attendersi che la Corte fornisse una risposta in linea con quella elaborazione. E così, in effetti, è stato: la Corte ha infatti risolto la prima questione nel senso che un ente quale la MMB, in quanto opera nell'ambito di un regime previdenziale attuativo del principio di solidarietà ed è soggetto al controllo dello Stato, non può essere considerato - in linea di principio - come un'impresa, con conseguente inapplicabilità delle regole europee in materia di concorrenza.

In relazione alla prima questione pregiudiziale, la Corte si è pertanto mantenuta dentro una linea interpretativa incentrata sulla definizione di una nozione ampia e dinamica di solidarietà sociale, quale limite applicativo alle regole comunitarie in tema di concorrenza. Nozione che viene nella fattispecie riempita dando adeguata valorizzazione principalmente a due elementi portanti del sistema tedesco di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro: da un lato, al fatto che non esiste una stretta correlazione tra contributi raccolti dai datori di lavoro e prestazioni (non solo in denaro) erogate ai lavoratori protetti; d'altro lato, alla circostanza che l'ordinamento nazionale costituisce una vera e propria «comunità di rischio a livello della cassa di previdenza di categoria»¹⁶.

Ben diverso discorso deve essere svolto, invece, per la risposta data dalla Corte alla seconda questione pregiudiziale sottoposta dal giudice tedesco. Nel qualificare l'obbligo d'iscrizione alla cassa di previdenza di categoria come ostacolo non discriminatorio alla libera circolazione dei servizi nel mercato interno, la Corte ha infatti aperto un ampio varco al dispiegarsi, di fatto, e sia pure per la diversa via tracciata dall'art. 56 del TFUE, di quegli stessi effetti di potenziale destrutturazione della tenuta del sistema pubblico appena scongiurati, in nome del principio di solidarietà, sul versante delle regole *antitrust*. Il principio di solidarietà non riesce (più), evidentemente, a frapporre una difesa di pari efficacia di fronte all'inarrestabile *spill-over* dei principi in materia di libera prestazione dei servizi in ogni ambito della regolazione pubblica e della politica sociale nazionale. La natura propriamente solidaristica (dunque *non* economica ai sensi delle regole sulla concorrenza), svolta dall'ente pubblico di previdenza, non vale (più), evidentemente, a proteggere il sistema delle assicurazioni sociali dall'applicazione delle regole del mercato interno, di fronte alla pervasiva valenza «infiltrante» della nozione di «ostacolo non discriminatorio» alla libera prestazione di servizi fatta propria dalla Corte.

¹⁶ Così al punto 46 della sentenza *Kattner*.

Non può non segnalarsi l'apparente contraddittorietà del ragionamento della Corte, che di fronte a un ente previdenziale che partecipa al sistema di solidarietà sociale nazionale (e che, per questo, è escluso dalle regole in materia di concorrenza), non esita ad applicare l'art. 56 del TFUE sul presupposto che quella stessa attività solidaristica, riguardata sempre dal punto di vista dell'obbligo d'iscrizione alla cassa di categoria, sia qualificabile, quantomeno dal lato dell'impresa obbligata, come servizio (assicurativo) prestato dietro una remunerazione. La Corte non dà una vera spiegazione di questo - apparentemente contraddittorio - passaggio della motivazione, limitandosi a richiamare seccamente la propria consolidata giurisprudenza sull'applicazione dell'art. 56 del TFUE ai regimi prestazionali delle casse di malattia e degli stessi sistemi sanitari nazionali¹⁷.

Sennonché nel caso in questione il discorso è molto diverso, perché ad essere esaminato dalla Corte è esattamente quello stesso obbligo imposto dalla legge di far parte della medesima assicurazione sociale, già definita quale funzione solidaristica di natura non economica ai sensi del diritto della concorrenza. La Corte non è per vero del tutto nuova a questa sorta di scissione concettuale, visto che anche nelle celebri sentenze *Viking* e *Laval*¹⁸ l'ambito di applicazione delle norme sulle libertà economiche è risultato essere diverso, e più ampio, rispetto a quello proprio delle regole comuni di concorrenza. Ma nel caso di specie sarebbe stato quantomeno opportuno un maggiore sforzo d'argomentazione in tal senso, restando tutta la «tensione» tra l'affermazione, da un lato, che si è in presenza di un sistema essenzialmente redistributivo (nel quale l'azione dello Stato è governata dal fine esclusivo della solidarietà sociale senza relazione con il mercato) e, dall'altro, che le attività in cui si sostanzia il concreto funzionamento di quello stesso sistema sono assimilabili alla erogazione di servizi assicurativi di per sé non diversi da quelli che possono essere resi dagli operatori economici in regime di libertà di prestazione *ex art.* 56 del TFUE.

4. Conclusioni

La conseguenza di tale discutibile conclusione della Corte è che, in quanto ostacolo indistintamente applicabile, l'obbligo di assicurazione ad un regime previdenziale pubblico, quale è tipicamente quello derivante dall'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, diviene potenzialmente assoggettabile ad un onere di giustificazione coerente con i criteri (relativi all'appropriata individuazione di una ragione imperativa d'interesse generale ed alla successiva modulazione del *test* di adeguatezza e proporzionalità) tradizionalmente elaborati dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza sulla

¹⁷ V. *supra*, alla nota 2, per taluni riferimenti a detta giurisprudenza.

¹⁸ Rese nei procedimenti, rispettivamente, C-438/05 e C-341/05.

libera prestazione dei servizi. Il che pone - proprio come nel caso *Kattner*, in cui la Corte ha rinviato al giudice *a quo* la concreta valutazione della ricorrenza di siffatte ragioni giustificative nei limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità - dilemmi che appaiono difficilmente risolvibili dal giudice comune e che, per ciò stesso, finiscono per ingenerare elementi di potenziale destabilizzazione degli assetti consolidati dei sistemi previdenziali di tutela contro gli infortuni sul lavoro, specialmente laddove i legislatori nazionali facciano tuttora ricorso - come in Italia e in Germania - a meccanismi sotto molti profili ancora tributari della logica assicurativa associata al principio del rischio professionale. È pur vero che la Corte mostra di aderire - in tali situazioni¹⁹ - ad una interpretazione particolarmente ampia e permissiva dei criteri di interesse pubblico idonei a giustificare, in particolare sotto il profilo della valutazione della proporzionalità in senso stretto della misura nazionale, l'eventuale ostacolo alla libera prestazione dei servizi (assicurativi) nel mercato interno. Residua, nondimeno, in ciò, una difficoltà di fondo, con tutta l'incertezza che ne consegue. Una difficoltà fondamentale e non riducibile, che a ben vedere deriva dalla pretesa stessa di assoggettare al controllo di coerenza con i principi della costituzione economica europea istituti di protezione sociale che, per quanto ancora legati alle originarie concezioni assicurative, sono nondimeno storicamente nati per perseguire una razionalità materiale alternativa alle regole del mercato.

RIASSUNTO

Il saggio analizza la questione del rapporto della disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali con le regole del mercato (sia con quelle in materia di tutela della concorrenza, sia con quelle dirette ad assicurare la libera prestazione dei servizi), sottolineando le tensioni che si generano rispetto alla tradizionale lettura della Costituzione italiana.

SUMMARY

The article analyses the relationship between the social insurance principles concerning accidents at work and professional diseases in Italian law and the EU law of the market, in order to evaluate the tensions arising out from this uneasy relationship.

¹⁹ Per un recente esempio di tale attitudine, sia pure nel diverso contesto della problematica dell'affidamento diretto di servizi sociali ad organismi *non-profit*, cfr. la sentenza resa dalla Corte di giustizia in causa C-113/13.