

Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*

Silvana Sciarra

1. Metodo comparato e metodo europeo. L'esempio italiano	125
1.1 Il passato del diritto del lavoro italiano	125
1.2 Il presente	130
2. Il linguaggio sincronico del diritto del lavoro. Alla ricerca di una destinazione europea	134
3. Diritto del lavoro e 'sensi di colpa'. Alla ricerca di un equilibrio delle fonti	140

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 12/2003

1. Metodo comparato e metodo europeo. L'esempio italiano

Per impostare una comparazione diacronica nel diritto del lavoro, in linea con quanto si prefigge questo volume della *Rivista*, ho ritenuto di dover prendere le mosse da un ambito circoscritto. Il primo obiettivo è verificare se e come, tenendo conto di una impostazione disciplinare specialistica e di un solido impianto costituzionale dei diritti sociali, il diritto europeo sia riuscito – lentamente, ma pervicacemente - ad affondare le sue radici nell'ordinamento italiano.

Il secondo obiettivo consiste nel valutare se, quando lo sguardo si dirige verso alcuni temi che, anche fuori dall'Italia, hanno inciso sul patrimonio culturale dei giuristi del lavoro e sui loro strumenti di analisi, la lingua adottata si fa sincronica, pur nelle inevitabili sfaccettature di una comunicazione aperta e mutevole fra ordinamenti diversi.

Una lettura delle principali vicende legislative e giurisprudenziali che hanno caratterizzato l'evoluzione della materia non può non seguire lo svolgersi nel tempo di avvenimenti che riguardano l'integrazione del mercato e, successivamente, l'avvio dell'Unione monetaria. Il terzo obiettivo ha a che fare, pertanto, con la precisazione di un ruolo del diritto del lavoro – in quanto disciplina ancora prevalentemente calata nelle competenze legislative nazionali - nel quadro delle politiche macroeconomiche europee.

La comparazione diacronica dimostra, a questo riguardo, che gli obiettivi prioritari del mercato e della moneta non hanno contaminato il diritto del lavoro fino al punto da condizionarne lo sviluppo, privandolo di una sua propria identità. L'emersione dei diritti sociali nell'ordinamento europeo segue un suo percorso lento, ma continuo, intrecciato con una complessa revisione istituzionale volta a creare un nuovo equilibrio fra competenze statali ed europee³⁸⁹.

Un sincretismo linguistico più spinto – se è concesso usare questa terminologia per un ordinamento, come quello europeo, in cui proprio la diversità delle lingue nazionali meglio simbolizza la ricchezza delle molteplici culture - si fa notare soprattutto con l'avvio della Strategia europea per l'occupazione, dopo il vertice di Lussemburgo del 1997 e l'introduzione nel Trattato di Amsterdam del Titolo VIII. Il Metodo aperto di coordinamento, una nuova tecnica regolativa che dalle politiche occupazionali si sta estendendo ad aree contigue, quali l'inclusione sociale, le pensioni e forse anche la sicurezza sociale, si muove su direttrici interdisciplinari e basa le sue probabilità di riuscita su percorsi virtuosi di informazione e di apprendimento. Per i giuristi del lavoro, adusi alla sfida che proviene dal metodo interdisciplinare, gli spunti di riflessione circa la centralità della materia hanno a che fare non tanto con una inutile difesa dei suoi confini disciplinari, quanto con la ricerca di una sua interna coerenza.

1.1 Il passato del diritto del lavoro italiano

L'uscita dei giuristi del lavoro italiani da ambiti solo nazionali di riflessione si deve, soprattutto dagli anni sessanta in poi, alla diffusione di un raffinato ed originale metodo di comparazione,

³⁸⁹ La *Convenzione sul futuro dell'Europa*, presieduta da V. Giscard d'Estaing, affiancato da G. Amato e J.L. Dehaene, è stata varata dal Consiglio Europeo di Laeken, del 14 e 15 dicembre 2001.

influenzato prevalentemente dagli scritti di Otto Kahn-Freund e dal suo diretto coinvolgimento nell'organizzazione di gruppi di ricerca³⁹⁰.

Non si può dare conto in questa sede dell'inesauribile impulso che la ricerca militante voluta, promossa, coordinata ed ispirata da questo fertile studioso ha impresso a singoli ricercatori e ad istituzioni, incluse quelle comunitarie. Ciò che si può fare è tracciare un percorso di avvicinamento al diritto europeo tramite gli strumenti della comparazione giuridica. L'apparente scarsa attenzione rivolta ad un ordinamento sovranazionale atipico - come certamente doveva apparire la CEE e prima ancora la CECA agli occhi di giuristi impegnati nella elaborazione di nuove categorie interpretative del diritto interno - si deve leggere come esigenza di dare precedenza al consolidamento di uno 'stile italiano'³⁹¹ nel quadro variegato del diritto del lavoro europeo.

Fin dagli inizi degli anni cinquanta, la dottrina italiana si interroga circa l'autonomia della materia e rincorre una 'terza dimensione' per superare e risolvere un inutile quanto sterile dualismo fra una sua anima pubblica ed una contrapposta anima privata³⁹². La divisione fra diritto pubblico e diritto privato, a lungo accettata e coltivata dai giuristi italiani, fu lucidamente individuata come dato caratteristico - ed in verità un po' anomalo - in una delle prime indagini comparate dedicata allo studio dell'ordinamento italiano. In quel contesto si indicò il diritto del lavoro come una delle discipline emergenti più adatte a mettere in crisi una tale dicotomia³⁹³.

Nel 1951 nacque la CECA, con il Trattato di Parigi. Questa Comunità, fondata su presupposti pragmatici e su esigenze contingenti - ma non per questo meno valide³⁹⁴ - di unificazione del mercato del carbone e dell'acciaio, diede luogo ad importanti esperimenti di riconversione produttiva e di formazione professionale per i lavoratori interessati dalle trasformazioni delle imprese carbo-siderurgiche. La CECA, se confrontata con la CEE, pose un più forte accento sulle politiche sociali e mostrò un 'dogmatismo' meno spinto nelle politiche di liberalizzazione del mercato³⁹⁵. Ciò era da attribuire, come è stato sostenuto in termini più generali, alla scelta dei governi nazionali di trovare un'alternativa al mancato trattato di pace dopo la fine della seconda guerra mondiale e di

³⁹⁰ Nella cerchia di giuslavoristi che facevano capo a Kahn-Freund vi era Gino Giugni, come egli stesso ricorda nella *Intervista* concessa a P. Ichino, *Riv. It Dir. Lav.*, 1992, p. 429. Si veda inoltre T. Treu, *Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.* 1979, ed anche in R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano 1980; G. G. Balandi e S. Sciarra (a cura di), *Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund*, Roma 1982.

³⁹¹ L'espressione è mutuata da J. Merryman nel suo contributo in M. Cappelletti, J. Merryman, J. Perillo, *The Italian Legal System*, Stanford 1967.

³⁹² Come ricordato da Cazzetta, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, in *Quaderni Fiorentini*, 1999, pp. 615-16, in cui si richiama il primo congresso internazionale di diritto del lavoro tenutosi nel 1951 a Trieste (*Atti del Primo Congresso Internazionale Di Diritto Del Lavoro*, Ed. Univ. di Trieste 1952). In quel primo Congresso - si veda ad esempio la relazione di Udina e le comunicazioni sul tema - spazio fu dedicato al diritto internazionale del lavoro ed alla sua formazione. In quell'occasione si praticò un terreno di analisi non troppo frequentato dalla dottrina italiana successiva. Si segnala la relazione di Ascarelli, *Formazione di un diritto comune del lavoro*, p. 40 ss., un vero e proprio 'manifesto' delle funzioni del diritto comparato.

³⁹³ J. Merryman, in Cappelletti et al., *The Italian Legal System*, cit., p. 211. In anni successivi il diritto del lavoro venne, invece, lasciato fuori dalle riflessioni promosse dall'Associazione Italiana di Diritto Comparato. Si veda *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano 1982.

³⁹⁴ Sull'importanza storica del Trattato CECA v., più di recente, le interessanti riflessioni di C. Pinelli, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, 2002, pp. 46-7.

³⁹⁵ Secondo l'opinione di A. e G. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, Parigi 1993 (VIII ed), p. 160.

bilanciare il raggiungimento di interessi esclusivamente nazionali con la perdita di una parte della sovranità nazionale³⁹⁶.

Nella seconda metà degli anni cinquanta, quando videro la luce il Rapporto Spaak ed il Rapporto Ohlin³⁹⁷, era fervido in Italia il dibattito circa l'impatto delle norme costituzionali sul diritto del lavoro. La dottrina si preparava con accortezza a rivisitarne i principali istituti, alla luce dei nuovi principi democratici introdotti dalla Carta costituzionale. Lo scenario fornito ai padri fondatori da questi autorevoli Rapporti rafforza l'idea, confermata dalla ricerca più recente e documentata, che la dimensione sociale non fosse estranea ai costruttori dell'Europa e neanche dimenticata, quanto piuttosto difficile da coordinare con la missione prioritaria del Trattato, protesa alla creazione di un mercato comune.

Tuttavia, se si sfogliano i principali manuali, la nascita della CEE, con il Trattato di Roma del 1957, sembra avvenire in un contesto lontano dalle preoccupazioni del diritto del lavoro italiano. In quegli anni di avvio della Comunità esisteva, con molta probabilità, una profonda scissione fra una élite di burocrati impegnati nel perseguire l'integrazione europea³⁹⁸ e gli ambienti accademici, soprattutto quelli specialistici, ancora privi di una forte identità scientifica, quali erano gli ambienti giuslavoristici del tempo. Nel dibattito contemporaneo una tale cesura sembra in gran parte superata. Il ruolo del giurista del lavoro attento agli sviluppi del diritto europeo si è fatto in anni recenti assai pregnante e talvolta carico di implicazioni simboliche oltre che pratiche sul piano della elaborazione delle politiche legislative.

Con ciò non si vuol dire che la dottrina italiana fosse sorda ai richiami inviati da un ordinamento sovranazionale in formazione. Uno dei primi volumi, pubblicati nell'ambito dei seminari organizzati da Giuliano Mazzoni presso l'Istituto di diritto del lavoro dell'Università di Firenze, è dedicato alla politica sociale comunitaria degli esordi³⁹⁹. I contributi in esso raccolti, eterogenei nello stile e nel metodo adottato, rivelano, anche a distanza di tempo, l'esigenza avvertita dagli studiosi di affiancare all'analisi giuridica, talvolta molto dotta e sofisticata⁴⁰⁰, un'informazione accurata circa le politiche sociali comunitarie, sia per i loro contenuti, sia per le modalità seguite dalle istituzioni nella loro elaborazione.

³⁹⁶ È questa la nota tesi di A. Milward, *L'Europa in formazione*, in *Storia d'Europa*, vol. I, *L'Europa oggi*, Torino 1993, in particolare p. 189 ss.

³⁹⁷ Un'analisi accurata di questi importanti documenti - entrambi prodotti nel 1956 - è fornita da S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale della integrazione europea*, Bologna 2003, p. 44 ss. Opportunamente si segnala l'importanza del Rapporto Ohlin nell'affermare l'utilità oltre che l'opportunità del mantenimento di sistemi sociali differenziati all'interno degli Stati Membri. In tema S. Deakin, *Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy*, in P. Davies, A. Lyon-Caen, S. Sciarra, S. Simitis, *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford 1996 p. 63 ss.

³⁹⁸ L'atteggiamento 'filo europeo degli alti funzionari del Ministero degli Affari Esteri' è segnalato, come elemento di forte continuità nel perseguire gli obiettivi comunitari, da T. Padoa Schioppa, *Europa, forza gentile*, Bologna 2001, p. 94, in un capitolo dedicato all'Italia ed alle sue diverse fasi di avvicinamento all'Europa.

³⁹⁹ *La politica sociale della Comunità Economica Europea*, Milano 1960.

⁴⁰⁰ Il volume sopra citato include un elegante contributo di O. Kahn-Freund, *Alcuni problemi relativi alla composizione delle controversie di lavoro sotto il profilo del diritto comparato*, p. 77 ss., tema quanto mai estraneo alle competenze del diritto comunitario e tuttavia, a detta dello stesso autore, utile a comprendere che la strada di un diritto sovranazionale è aperta dallo studio degli ordinamenti nazionali. Altri contributi sono affidati a funzionari delle istituzioni comunitarie.

L'armonizzazione dei sistemi nazionali apparve fin da allora agli osservatori lungimiranti un obiettivo posto al termine di un cammino impervio. Anche per questo sembrò importante non perdere di vista la funzione e l'evoluzione delle altre fonti internazionali, in particolare quelle dell'OIL, nello sforzo di adeguamento degli standard nazionali a quelli sovranazionali⁴⁰¹. L'obiettivo era di tenere aperto nel nostro come in altri paesi europei, un sistema di circolazione degli standard di tutela⁴⁰², proficuo per formare una cultura giuridica meno ripiegata su se stessa e più aperta alla comprensione del ruolo delle istituzioni internazionali nelle trasformazioni del diritto. Si tratta - è bene sottolinearlo - di tentativi isolati all'interno del panorama italiano, sia dottrinale che giurisprudenziale⁴⁰³.

È soprattutto nella fucina di giuristi europei voluta dall'Alta Autorità della CECA che spiccano, fra le altre, le acute intelligenze dei migliori giuristi del lavoro italiani. In una voluminosa raccolta di studi intitolata *'Collezione di diritto del lavoro'* si trovano i presupposti di conoscenza indispensabili alla costruzione di un moderno diritto del lavoro ed anche i germi di un metodo comparato indipendente, non condizionato dalle istituzioni committenti e, proprio per questo, proficuo per il legislatore sovranazionale. Nonostante il vuoto di poteri istituzionali della CECA nel campo delle politiche sociali⁴⁰⁴, l'ansia di conoscenza degli ordinamenti nazionali del lavoro creò un clima aperto di confronto fruttuoso ed espose i giuristi nazionali alla comprensione di ordinamenti diversi.

Nel 1959, la creazione di una associazione fra editori specializzati in materie giuridiche ed attivi in più paesi consentì la pubblicazione contemporanea dei volumi della collana in quattro lingue. L'integrazione attraverso la ricerca giuridica, in quel fortunato esperimento, tributò rispetto alle lingue nazionali ed alle particolari implicazioni del linguaggio tecnico-giuridico. Quest'ultimo, come è noto, non è mai asettico, ma serve ad illustrare l'origine ed il significato di importanti istituti caratterizzanti l'ordinamento nel suo complesso e dunque conduce a capire le diversità, invece di assimilare dentro formule comuni funzioni diverse delle norme giuridiche.

Nell'arco di circa un decennio, dal 1958 in poi, Luigi Mengoni fornì il suo contributo a molte delle pubblicazioni promosse dalla CECA, incentrate sui più significativi istituti della materia⁴⁰⁵. A que-

⁴⁰¹ Nello stesso volume *La politica sociale*, cit., si veda L. Gilardi Riva Sanseverino, *L'attuazione delle Convenzioni internazionali del lavoro nella CEE e, in particolare, nell'ordinamento italiano*, p. 61 ss., in cui si rammenta che in quegli stessi anni di avvio della CEE era in preparazione la Carta Sociale Europea del Consiglio di Europa, il cui presupposto era quello della osservanza da parte degli stati membri delle norme minime contenute nelle Convenzioni dell'OIL.

⁴⁰² Ho usato questa terminologia nell'analisi di avvenimenti recenti che hanno costretto il diritto del lavoro a guardare simultaneamente in più direzioni per cogliere l'influenza sincretica di fonti internazionali fra sé diverse. Si rinvia a S. Sciarra, *From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy*, in P. Alston (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford 1999, p. 473 ss.

⁴⁰³ Come osservò M. Offeddu nelle conclusioni del suo libro, *Le convenzioni internazionali del lavoro e l'ordinamento giuridico italiano*, Padova 1973, p. 200.

⁴⁰⁴ L'art. 3 e) del Trattato CECA faceva riferimento ad una generica promozione delle condizioni di vita e di lavoro, mentre l'art. 46.5 affidava all'Alta Autorità il compito di promuovere l'informazione, consultando i governi nazionali per rendere possibile un tale miglioramento. Non è nostalgico, ma semplicemente informativo, il riferimento alla cessazione dell'attività della CECA ed al Protocollo annesso al Trattato di Nizza che si occupa degli aspetti finanziari e della destinazione del fondo per la ricerca.

⁴⁰⁵ Si veda di recente M. Napoli, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e d'umanità, cultore di diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2002, p. 151 ss., che cita in bibliografia tutti i contributi di Mengoni nella Collezione di diritto del lavoro della CECA

sto autore, ben noto nel resto d'Europa anche al di fuori di questa disciplina, si deve una attenzione non rituale nei confronti dei temi comunitari, poi confermata nel tempo⁴⁰⁶.

Sotto l'egida della CECA si colloca anche un volumetto prezioso per la costruzione di una spiccata identità del diritto del lavoro italiano. Nel 1964 Gino Giugni tracciò in modo sintetico ed efficace i contorni dell'originale sistema nazionale di contrattazione collettiva e scrisse il rapporto di sintesi, relativo ai sei paesi membri⁴⁰⁷.

L'attenzione di questo autore per il diritto vivente, oltre che per il diritto positivo, nonché la sua familiarità con l'ordinamento nord-americano, lo resero omogeneo alla cerchia di comparatisti che si formò intorno a Kahn-Freund. Anche se il lavoro del *Comparative labour law group*, di cui Kahn-Freund fu solo ispiratore, senza mai farne parte⁴⁰⁸, non fu orientato alla produzione di studi direttamente funzionali all'elaborazione di politiche comunitarie, esso creò un patrimonio comune di nozioni ed una metodologia sofisticata di analisi comparata a cui le generazioni successive di studiosi di vari paesi hanno potuto attingere.

Più lenta appare la sistemazione di una materia - come il diritto comunitario del lavoro - all'interno dei manuali. Si deve alla dottrina internazionalista la diffusione accurata degli elementi di diritto comunitario che hanno avvicinato gli specialisti di diritto del lavoro al linguaggio, oltre che alle tecniche regolative proprie di un ordinamento sovranazionale⁴⁰⁹.

È da ricordare che viene dalla Francia uno dei primi e più riusciti contributi della dottrina nel proporre una lettura congiunta delle norme internazionali e delle norme propriamente europee di diritto del lavoro⁴¹⁰. Non si vuole con questo richiamo attrarre l'attenzione su una citazione bibliografica, quanto piuttosto porre in evidenza la terminologia - diritto sociale e non diritto del

⁴⁰⁶ L. Mengoni, *Libera circolazione dei lavoratori*, in *La Comunità economica europea*, Corso di lezioni litogr., Milano 1975. Sullo stesso tema Mengoni aveva già pubblicato un saggio in *Dir. Lav.* 1970, p.165 ss.

⁴⁰⁷ G. Giugni, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nelle industrie siderurgica e mineraria*, Milano 1964. Giugni ha anche curato il rapporto finale, basato su rapporti nazionali dei sei paesi aderenti. Si v. CECA, Alta Autorità, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nelle industrie della Comunità 1953-1963*, Lussemburgo, giugno 1967.

⁴⁰⁸ Come riferisce B. Aaron, *The Comparative Labor Law Group: a Personal Appraisal*, in *Comparative Labor Law*, 1977, p. 229 ss. Il gruppo ha prodotto varie pubblicazioni citate da Aaron, a cui si deve anche un interessante resoconto del modo di impostare la comparazione.

Kahn-Freund collaborò anche alle pubblicazioni della CECA. Si veda, ad esempio, un suo efficace rapporto di sintesi in *I rapporti tra datori e lavoratori sul piano aziendale. Forme e funzioni*, Bruxelles 1967. Ciò conferma una sua eccezionale funzione di collegamento fra i vari piani in cui si svolgeva la ricerca lavoristica comparata ai suoi esordi.

⁴⁰⁹ G. Gaja, *La giurisprudenza della Corte Comunitaria sulla politica sociale*, *Pol. Dir.* 1977, che riproduce una comunicazione al Convegno 'Politiche comunitarie e giurisprudenza della Corte di giustizia', tenutosi a Siena nel settembre 1977; F. Pocar, *Diritto comunitario del lavoro*, vol. 13 dell'*Enciclopedia giuridica del lavoro*, diretta da G. Mazzoni, Padova 1983. Si noti che la stessa Enciclopedia ospitò un corposo volume di F. Di Cerbo e G. Zangari, *Il diritto del lavoro dei paesi dell'Europa continentale partecipanti alla CEE*, Padova 1984. In esso - in una fase ormai avanzata della vita della Comunità - con una curiosa trovata, non è incluso il Regno Unito, in quanto paese a *common law*, accorpato pertanto in altri volumi della stessa opera enciclopedica con Stati Uniti, Canada ed Australia. L'opera citata, oltre all'estrema opinabilità del metodo adottato, si pone in controtendenza rispetto al metodo in precedenza promosso dai volumi della CECA, volto ad approfondire gli studi di diritto nazionale dei paesi membri della Comunità, al fine di valutarne le assonanze o, più spesso, le dissonanze in funzione della comune adesione al Trattato istitutivo.

⁴¹⁰ G. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, pubblicato da Dalloz (che nella prima edizione del 1969 si chiamava *Droit social européen*) ha avuto una grande diffusione. Dalla V edizione nel 1980 è firmato anche da A. Lyon-Caen. Il libro è giunto nel 1993 alla VIII edizione.

lavoro – adoprata nel titolo. Per lungo tempo si è posto il problema, non solo linguistico, di chiarire quanta parte del diritto sociale comunitario rientrasse nel diritto del lavoro e quanto l'espressione 'politiche sociali', ricorrente nel gergo comunitario, fosse compatibile con l'evoluzione di sistemi normativi di diritto del lavoro a livello nazionale. Si vedrà in seguito come questo problema si è gradualmente attenuato, sia per uno sforzo nazionale di apprezzamento delle norme sovranazionali che via via emergevano dall'indistinto delle politiche sociali, sia per i mutati indirizzi che queste ultime hanno assunto.

Solo ad occhi distratti il passato del diritto del lavoro italiano, quello che, proprio mentre le Comunità europee erano agli albori, si andava consolidando intorno a valori costituzionali fondamentali, può apparire rinchiuso in un provincialismo asfittico. Si tratta in realtà, nonostante talune ritrosie, di un diritto in espansione verso orizzonti sovranazionali. La dottrina più attenta ha saputo agevolare una tale evoluzione senza abbandonare la difesa delle caratteristiche peculiari dell'ordinamento ed anche mantenendo vivo il pluralismo del dibattito scientifico, arricchito dalla combinazione di una matrice cattolico-sociale con una componente laica e riformista.

La lezione di Tullio Ascarelli, affidata ai giuristi del lavoro nel lontano 1951, affinché si superasse il 'nazionalismo positivista' attraverso il diritto comparato, sembra aver dato buoni frutti⁴¹¹.

1.2 Il presente

Su queste premesse si basa il presente del diritto del lavoro, aperto all'influenza del diritto europeo ed anche capace di influenzarlo. Per comprendere l'iniziale ritrosia della dottrina nell'affrontare temi connessi al diritto comunitario ed anche per giustificare certi suoi pregiudizi neppure apertamente confessati, occorre dire che il Trattato CEE sembrava perseguire obiettivi del tutto divergenti rispetto all'evoluzione di un diritto del lavoro da poco uscito dal bozzolo del diritto corporativo, pronto a volare alto sia sui cieli della giurisprudenza, sia su quelli della legislazione speciale.

L'Italia, come del resto la Francia che si era battuta fin dall'inizio per l'inserimento nel Trattato di alcuni standard di tutela⁴¹², ha spesso assunto un atteggiamento orgoglioso nel preservare le sue prerogative di politica legislativa all'interno del territorio lavoristico⁴¹³.

⁴¹¹ T. Ascarelli, *Formazione*, cit., p. 43.

⁴¹² È noto l'impegno della Francia, fin dalla redazione del rapporto Spaak, per l'inserimento nel Trattato istitutivo degli articoli in materia di parità retributiva fra uomo e donna ed equivalenza nei periodi di ferie retribuite, affinché già nella prima fase del periodo transitorio si raggiungesse, attraverso l'armonizzazione di queste misure legislative, l'eliminazione di distorsioni nella concorrenza. La materia dell'orario di lavoro e del lavoro straordinario trovò collocazione in un Protocollo allegato al Trattato. Ne dà conto, dal punto di vista storico, F. Lynch, *France and the origins of the European Community*, in S. Dahl (a cura di), *National interests and the EEC-EEU*, Trondheim 1999, p.15 ss. I dettagli e l'analisi giuridica complessiva sono in O. Kahn-Freund, *Labor Law and Social Security*, in E. Stein (a cura di), *American Enterprise in the European Common Market. A Legal Profile*, Ann Arbor, The Univ. of Michigan Law School 1960, vol. I p.325 ss.

⁴¹³ Basti pensare al lungo rifiuto dell'Italia di adottare la Direttiva n. 75/129 del 17 febbraio 1975 sui licenziamenti collettivi, in ragione della già esistente disciplina volontaria della materia contenuta in un accordo interconfederale del 1965. Il caso culminò con la condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia. Cfr. C 91/81, *Racc.*, 1982, p.2133, e C 131/84, *Racc.*, 1985, p. 3531. Sul tema si veda il contributo di un'internazionalista, A. Adinolfi, *Sull'attuazione in Italia della direttiva comunitaria concernente i licenziamenti collettivi*, in *Riv. Dir. Int.*, 1983, p. 76 ss.

Bisogna riconoscere, a distanza di tempo, che anche nella materia che qui ci interessa, l'approccio funzionalista tanto più ha mostrato la sua validità quanto più la posta in gioco era alta. L'impegno della Francia, dettato da interessi esclusivamente nazionali, ha avuto un insperato effetto di costituzionalizzazione della norma sulla parità retributiva fra uomo e donna per uno stesso lavoro⁴¹⁴. Un tale principio ha guadagnato negli anni un valore di gran lunga più solido rispetto all'obiettivo di tutelare la libera concorrenza nel mercato, eliminando misure potenzialmente distorsive.

L'Italia, forse a causa della minore solidità del suo sistema economico, non fu protagonista in tale vicenda e si riservò, in quella come in altre occasioni, uno 'spazio interstiziale' fra Francia e Germania⁴¹⁵. L'orgoglio nazionale ha, in taluni casi, assunto le caratteristiche di un adempimento lento, se non addirittura svogliato, agli obblighi di attuazione del diritto europeo, con la conseguenza di relegare l'Italia fra i paesi meno efficienti nel trasporre le direttive nell'ordinamento interno.

Un tale atteggiamento è cambiato, anche se non sono mancati casi di forte dialettica fra legislatore nazionale e istituzioni comunitarie circa i tempi ed i modi per attuare la trasposizione nell'ordinamento interno di talune riforme, in ossequio al principio di un mercato sempre più efficiente, perché libero da monopoli⁴¹⁶.

Si può solo speculare circa una distanza culturale del diritto del lavoro italiano dalle matrici del diritto comunitario. A voler scegliere un esempio fra i tanti, si può osservare che, mentre in Italia si assisteva all'ascesa delle organizzazioni sindacali, pilastri portanti di un autonomo sistema di contrattazione collettiva e di autotutela sindacale, in Europa l'art. 118 del trattato istitutivo della CEE affidava alla Commissione il compito di 'promuovere una stretta collaborazione tra gli Stati Membri nel campo sociale' per una serie di materie, fra cui 'il diritto sindacale e le trattative collettive tra datori di lavoro e lavoratori'. Non è difficile comprendere che, a fronte di un impegno comunitario così vago, si scegliesse di indirizzare verso il diritto sindacale nazionale energie e sforzi propositivi.

Con il passare del tempo, quella che poté apparire nient'altro che una sfumatura nella semantica adottata dai padri fondatori, divenne il segno di un divario profondo, attenuato solo in parte dalle

Ugualmente emblematica la vicenda della Direttiva 93/104, in materia di orario di lavoro. Per la mancata trasposizione, la Commissione ha fatto ricorso alla Corte di Giustizia nel dicembre 2002, chiedendo pesanti sanzioni pecuniarie, anche a seguito della censura della Corte nei confronti dell'Italia. Cfr. *Commissione c. Italia*, C386/98, Racc. 2000, p. 1277

⁴¹⁴ C. Barnard, *The Economic Objectives of Article 119*, in T.Hervey e D. O'Keeffe, *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester 1996, p. 321 ss.

⁴¹⁵ Sarà questa la soluzione adottata anche in vista dell'Unione monetaria, secondo T. Padoa Schioppa, *Europa*, cit., p. 105.

⁴¹⁶ Ho analizzato *Job Centre* come caso 'esemplare' nel rapporto fra Corte di giustizia europea e legislatore nazionale in relazione al lento e faticoso superamento del monopolio pubblico del collocamento. Rinvio a S. Sciarra, *Job Centre: An Illustrative Example of Strategic Litigation*, in Ead. (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford 2001, p. 241 ss. Un altro esempio di ritardo istituzionale si è avuto nell'uso dei fondi strutturali, divenuto più efficiente in anni recenti, mentre sempre critico rimane il rapporto con le istituzioni comunitarie in materia di aiuti di stato. Su questi punti si rinvia a T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna 2001, p.86 ss. Si veda anche la recente sentenza (del 7 marzo 2002, in causa C-310/99, *Repubblica italiana c. Commissione CE*) con cui la Corte di giustizia ha confermato che taluni aspetti della disciplina degli sgravi contributivi concessi dal legislatore italiano nel caso di stipulazione di contratti di formazione e lavoro sono da considerarsi aiuti di Stato, come tali in contrasto con la normativa comunitaria.

riforme intervenute successivamente. Si constatò, infatti, che le carenti basi giuridiche nel Trattato, da un lato, ed i meccanismi decisionali del Consiglio, improntati frequentemente al principio dell'unanimità, dall'altro, avrebbero potuto condurre ad una mortificazione del diritto del lavoro nelle sue molteplici funzioni.

Il passato ed il presente del diritto del lavoro italiano di fronte all'Europa si differenziano proprio in questo. Ad un iniziale atteggiamento di attesa prudente, subentra gradualmente un atteggiamento critico ed informato. Le acute punte di scetticismo che hanno segnato talvolta l'avvicinamento al diritto europeo⁴¹⁷, sono state controbilanciate dalla scoperta di una autonoma ed indipendente capacità di sintonizzare i contributi nazionali sulle onde delle politiche sociali europee, senza rinunciare ai principi fondanti della materia.

Il linguaggio del diritto comparato, nelle sue espressioni più sofisticate, è stato utilizzato, come si è visto, per perfezionare gli strumenti di analisi del diritto interno e per accorciare le distanze dall'Europa. Per questo motivo, il linguaggio del diritto europeo potrebbe essere diacronicamente interpretato come una prosecuzione del precedente, quasi che, con il passare del tempo, il fine della comparazione sia divenuto il mettere a confronto l'ordinamento sovranazionale con gli ordinamenti nazionali degli Stati Membri, ricavandone una analisi a più piani, con implicazioni diverse a seconda della materia affrontata.

In realtà non è così ed anzi occorre mettere in guardia da una simile comparazione diacronica. Si dirà in seguito perché è importante, soprattutto nella fase attuale di integrazione europea, mantenere 'puro' il metodo della comparazione e liberarlo da implicazioni che ad esso non appartengono.

È rassicurante intanto constatare che sulla strada di un diritto del lavoro europeo metodologicamente indipendente si sta muovendo una nuova generazione di giuslavoristi, impegnata a valorizzare le peculiarità dell'ordinamento interno sia nella fase di proposta che dal livello nazionale si muove verso le istituzioni comunitarie, sia nella fase di risposta, ovvero di valutazione critica circa contenuti, tempi e modalità degli adempimenti comunitari⁴¹⁸.

L'ingresso nel presente del diritto del lavoro italiano – un presente condiviso con quello di altri paesi europei, più di quanto non lo fosse il passato – è segnato da alcuni tratti originali, che si tenterà di delineare brevemente, prima di affrontare – se si vuole in modo più sincronico – l'analisi dei temi che contraddistinguono l'evoluzione recente della materia.

⁴¹⁷ Una voce scettica circa l'evoluzione delle politiche sociali europee è stata quella di Federico Mancini, uno dei più illustri giuristi del lavoro italiani, divenuto Avvocato generale presso la Corte di giustizia nel 1982 e poi nominato giudice nel 1988 fino al 1999, anno della sua morte. I suoi più importanti contributi al diritto europeo sono raccolti in F. Mancini, *Democracy and Constitutionalism in the European Union*, Oxford 2000.

⁴¹⁸ Il merito principale di una tale equilibrata operazione culturale va riconosciuto a Massimo D'Antona (del quale v. principalmente gli scritti di diritto comunitario e comparato del lavoro ora raccolti nel primo volume delle *Opere*, Milano 2000, p. 279 ss.). Esempi significativi, su problematiche recenti, sono, fra gli altri, M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia 2000; B. Caruso, *Il contratto collettivo europeo*, in *Diritto privato comunitario*, vol. II, *Lavoro, impresa e società*, a cura di V. Rizzo, Napoli 1997 ed anche *Alla ricerca della 'flessibilità mite' Il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, *Dir Rel. Ind.* 2000; B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, *Riv. Giur. Lav.* 2000, p. 779 ss.

Innanzitutto si deve osservare con soddisfazione che la dottrina giuslavorista si è appropriata di uno stile maturo e dimostra familiarità con le fonti europee. I titoli dei manuali segnalano coraggio nell'accogliere una terminologia che riflette la volontà di contribuire a creare i principi fondatori di un ordinamento comunitario del lavoro, ancorché incompleto ed impreciso⁴¹⁹. Né va sottovalutata l'attenzione dedicata alla giurisprudenza della Corte di giustizia, proposta sia secondo un metodo casistico⁴²⁰, sia accorpando filoni interpretativi e valutandone criticamente l'impatto su grandi settori della materia⁴²¹.

Su questo sfondo informato ed anche variegato, quanto alle opzioni metodologiche e di politica del diritto adottate, scorrono gli anni novanta, caratterizzati, come è stato efficacemente scritto, da un 'miscuglio tra l'obiettivo di non incrinare il consenso sociale e il desiderio di introdurre misure di deregolamentazione e di flessibilità'⁴²². Il dibattito politico fu segnato da una contrapposizione ideologica talvolta assai dura, che puntava a destabilizzare la scelta europea, descrivendola come sbilanciata, a causa dell'assenza di politiche occupazionali nelle linee-guida sulle politiche macroeconomiche emanate dal Consiglio europeo⁴²³. L'instabilità dell'economia italiana non lasciava, nei fatti, ampi margini di trattativa nelle sedi europee e l'austerità fu apprezzata come una scelta necessaria dai protagonisti più consapevoli, incluse le organizzazioni sindacali⁴²⁴.

Ai costi da pagare per l'ingresso in Europa, ma anche ai vantaggi di lungo periodo che da una tale scelta era verosimile aspettarsi, si può far risalire una errata biforcazione delle posizioni assunte dai giuslavoristi italiani. Comincia a svilupparsi in quegli anni un atteggiamento sotterraneo che si avvicina molto al senso di colpa. Non deve sorprendere questa metafora così poco vicina al linguaggio giuridico. Essa verrà riproposta nelle conclusioni di questo mio contributo per affermare che anche i giuristi possono soffrire per le proprie scelte repressive e giungere ad esternare, specie nel ruolo di consiglieri del legislatore, comportamenti dettati da un incombente senso di inadeguatezza, più che da una interpretazione coerente del sistema di norme da riformare.

Il tracciato di avvicinamento all'Europa viene talvolta utilizzato per formulare una critica esasperata del sistema di diritto del lavoro, quasi a voler bruciare le tappe per conquistare rapidamente la meta, credendo in tal modo di poter emulare i paesi ritenuti più forti ed efficienti.

In questo atteggiamento che si può definire di rincorsa dell'Europa si cela, come dirò dopo, un equivoco di fondo ed una forzatura del ruolo innovatore del giurista del lavoro. Nel rincorrere la

⁴¹⁹ M. Roccella e T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova 1992 (III edizione 2002); A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona, S. Sciarra, *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna 1996; G. Arrigo, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. I, Milano 1998 e vol. II 2001; R. Foglia, *Il lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, vol. XXVI, Tomo II, Torino 1999.

⁴²⁰ M. Roccella, *Diritto comunitario del lavoro. Casi e materiali*, Torino 1999, II ed.

⁴²¹ M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino 1997; R. Foglia, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova 2002.

⁴²² M. Ferrera e E. Gualmini, *Salvati dall'Europa? Welfare e lavoro in Italia fra gli anni '70 e gli anni '90: le riforme fatte e quelle che restano da fare*, Bologna 1999, p.95. Si veda anche M. Giuliani e C.M. Radaelli, *Italian Political Science and the European Union*, *Journal of European Public Policy* 1999, p. 517 ss.

⁴²³ Come ricorda un giuslavorista protagonista delle vicende politiche di quegli anni. Si veda T. Treu, *Politiche del lavoro*, cit., p. 84 ss.

⁴²⁴ L. Bellardi, *Concertazione e contrattazione*, Bari 1999, p. 64 ss.; L. Bordogna, *Unione monetaria e relazioni industriali in Europa*, in *Stato e Mercato*, 1996, p. 467 ss.; M. D'Antona, *Il Protocollo sul costo del lavoro e l' "autunno freddo" dell'occupazione*, ora in *Opere*, vol. II, Milano 2000.

meta si rischia di piegare il metodo comparato a finalità contingenti, contaminando l'analisi giuridica con opzioni passeggere, talvolta lette in chiave esageratamente ideologica.

Ciò che invece non va perso di vista, anche nell'urgenza di adeguare l'ordinamento interno ad un contesto sovranazionale, è il ruolo delle tradizioni nazionali, vero e proprio contrappeso nel bilanciamento dei poteri e delle competenze legislative.

A ben guardare, gli anni novanta segnano l'avvio deciso di un processo dinamico di apprendimento – e non di mera dipendenza – dall'Europa, che si esplicita anche in un lento adeguamento delle strutture burocratiche dei Ministeri ed in generale dell'apparato burocratico coinvolto nell'attuazione delle politiche di risanamento. Non è casuale che anche le opzioni privilegiate nella comparazione con altri ordinamenti slittino dagli Stati Uniti, ritenuto in precedenza il modello da imitare per dinamismo del mercato e assenza di vincoli eccessivi, all'Olanda, paese considerato vincente sul piano della combinazione di flessibilità e tutela nelle riforme del mercato del lavoro⁴²⁵.

Emblematica, a questo riguardo, è la vicenda legislativa del lavoro *part-time*. Il 'miracolo olandese' è stato invocato da più parti come l'esempio da seguire per incrementare l'occupazione attraverso il ricorso a forme di lavoro flessibile, estrapolando un po' surrettiziamente questo dato dal contesto generale del sistema di relazioni industriali, caratterizzate in quel paese da un alto tasso di concertazione e di consenso. Piuttosto che miracoloso, il caso olandese è stato descritto dagli studiosi più accreditati di quel fenomeno, come 'fortuito', ovvero non del tutto prevedibile nei suoi risvolti di crescita occupazionale, in quanto riconducibile allo spontaneo ritorno nel mercato di un alto numero di lavoratrici madri⁴²⁶.

Il riferimento al caso olandese come caso da imitare è dunque da ricondurre nell'alveo di una corretta analisi comparata, utile a dimostrare gli effetti benefici di una flessibilità concordata, oltre che tutelata, nel rispetto delle tradizioni nazionali⁴²⁷.

2. Il linguaggio sincronico del diritto del lavoro. Alla ricerca di una destinazione europea

Nel tentativo non facile di selezionare gli avvenimenti che più hanno caratterizzato l'emersione del diritto del lavoro quale componente autonoma ed originale delle politiche sociali europee, si rischia di trascurare i dettagli o di apparire poco attenti rispetto al significato di taluni passaggi intermedi. La consapevolezza di correre questo rischio si contrappone alla curiosità di verificare se esiste una dimensione linguisticamente sincretica della materia nella sua ormai acquisita va-

⁴²⁵ Questo rilievo pienamente da condividere è di Ferrera e Gualmini, *Salvati*, cit., p. 131 ss., i quali osservano che gli 'architetti' del risanamento erano all'interno del Ministero del Tesoro e della Banca d'Italia ed i 'costruttori' si collocavano nel ceto politico più aperto ed attento, nonché fra i gruppi di interesse, con caratteristiche di forte interdipendenza.

⁴²⁶ J. Visser e A.C. Hemerijck, *'A Dutch Miracle'. Job Growth, Welfare Reform and Corporatism in the Netherlands*, Amsterdam Univ. Press 1997. Il fenomeno non è limitato all'Olanda, ma riscontrato in molti paesi dell'OCSE nel corso degli anni ottanta.

⁴²⁷ Questo tentativo viene proposto in S. Giubboni, S. Sciarra, *Introduzione a La regolamentazione del part-time in Europa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 4 del 2000, ed ivi pure – nello stesso senso – l'analisi di A. Lo Faro sul caso italiano. Il progetto di ricerca in questione si basa sullo studio della legislazione in materia di part-time in sette paesi dell'UE.

lenza europea. Per convincere chi legge che è opportuna la scelta in favore della curiosità, piuttosto che della completezza, occorre segnare qualche punto di riferimento nelle diverse fasi di avanzamento dell'integrazione europea.

Non vi è dubbio che l'avvio del mercato unico, nella seconda metà degli anni ottanta, impresse un ritmo più incalzante agli adempimenti degli Stati Membri, grazie ad un sistema più competitivo, in grado di stimolare il miglioramento progressivo delle politiche pubbliche. Si spiega in questi termini un forte ridimensionamento dell'armonizzazione per fare spazio al mutuo riconoscimento, una tecnica regolativa che, meglio di altre, assolve al compito di formalizzare gli standard di tutela, con il rischio non marginale di abbassarne il livello e l'intensità⁴²⁸.

Anche se si rivendica all'Italia un ruolo non secondario nell'aver messo in moto gli ingranaggi istituzionali che condussero alla stipulazione dell'Atto unico⁴²⁹, è pur vero che le implicazioni di tali scelte su piani di intervento molto specifici non erano chiare se non ad una minoranza di addetti ai lavori. Gli studi della Commissione per aprire le frontiere nazionali e consentire la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, furono per certi aspetti anticipati dalle mosse strategiche delle grandi società multinazionali, anche italiane.⁴³⁰ Le politiche sociali ancora una volta rimasero marginali rispetto all'obiettivo di fondo, ma rientrarono nel programma a lunga scadenza di Delors, già proteso verso le più significative riforme di Maastricht. La risposta a problemi non risolti all'interno di ciascuno stato veniva cercata nell'espansione del mercato europeo, lasciando aperti i dibattiti nazionali che ribadivano l'urgenza di rivedere le regole di fondo dei sistemi sociali⁴³¹.

Nelle varie fasi di avanzamento dell'integrazione europea il diritto del lavoro ha trovato ostacoli apparentemente insormontabili nel vincolo delle decisioni all'unanimità. Ha dovuto convivere, dopo l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo, con una prospettiva di sviluppo relegata alla materia della sicurezza e della salute, unico spiraglio aperto alle decisioni da prendersi a maggioranza qualificata. L'armonizzazione nel progresso fu posta come obiettivo da perseguire nell'emanazione di direttive in questa materia. Il linguaggio originario del Trattato istitutivo – il vecchio art. 117 – fu riproposto con impercettibili cambiamenti, nella convinzione, trascinatasi fino alla seconda metà degli anni ottanta, che dal buon funzionamento del mercato potessero scaturire sistemi sociali armonizzati.

⁴²⁸ Fra gli autori italiani si veda, per tutti, A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Milano 1999, p. 66, che parla del mutuo riconoscimento come 'alternativa' e non 'variante tecnica' dell'armonizzazione e mette in guardia dalle possibili 'derive deregolative' conseguenti ad una tale opzione. In generale si rinvia a F. Scharpf, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche dell'Unione europea*, trad. it., Bologna 1999, per un'ampia disamina dell'integrazione negativa e delle sue implicazioni nei processi di integrazione.

⁴²⁹ Come ricordato da T. Padoa Schioppa, *Europa*, cit., p. 106, nel Consiglio Europeo di Milano del 1985 l'allora presidente del Consiglio Craxi ed il ministro degli esteri Andreotti adottarono a sorpresa il voto a maggioranza qualificata per avviare la Conferenza intergovernativa che poi approdò nella revisione del Trattato con l'Atto unico europeo. Si veda anche la ricostruzione dettagliata di quegli avvenimenti fatta da B. Olivi, *L'Europa difficile*, Bologna 1993, p. 279.

⁴³⁰ Utile la ricostruzione delle posizioni dei maggiori gruppi industriali fatta da J. Palmer, *Trading Places*, Londra 1988, p. 30 ss.

⁴³¹ Fu la rapidità impressa al progetto del mercato unico che sottrasse 'il dibattito economico alle polemiche fra destra e sinistra', sotto la guida di una sinistra francese molto propensa ad avviare il progetto della moneta unica. Così C. Maier, *I fondamenti politici del dopoguerra*, in *Storia d'Europa*, vol. I, Torino 1993, p. 364-366.

Vi fu poi la stagione dell'apertura del diritto comunitario alle fonti collettive, avviata dal Trattato di Maastricht e consolidata con quello di Amsterdam. L'ingresso delle parti sociali sulla scena delle politiche sociali comunitarie ha complicato - ma anche enormemente arricchito - il processo decisionale, vincolando la Commissione a stringenti oneri di consultazione. Gli accordi collettivi, soprattutto quelli a cui pervengono le parti sociali a livello europeo, in un processo autonomo di formazione della volontà collettiva, furono concepiti - anche se così non è accaduto nella pratica - quali fonti vincolanti, in alternativa alla legge. Si trattò di un significativo passo avanti, anche se le concrete implicazioni sul piano dell'ordinamento interno non furono immediatamente visibili in Italia come in altri Stati membri⁴³².

Queste importanti tappe dell'integrazione europea sono contrassegnate da una crescente presa di coscienza da parte dei giuristi del lavoro. Da un lato vi è l'urgenza di avvicinarsi alle fonti europee in modo consapevole e se necessario critico della 'europeizzazione' degli ordinamenti nazionali. Dall'altro si avverte, quasi come una forza contrapposta, l'esigenza di ritornare ai significati profondi del diritto nazionale e dunque di favorirne una 'rinazionalizzazione'⁴³³. Nel ritorno alle radici si nasconde, tuttavia, una ambivalenza di fondo: nell'affermare punti di vista interni, nell'illustrare le ragioni storiche che ne confermano la validità, nel battersi per soluzioni coerenti con l'impianto territoriale della materia, si è consapevoli che i vincoli esterni posti dall'Europa sono, nella gran parte dei casi, ineludibili.

Dalla 'rinazionalizzazione' si passa a quella che si può descrivere come 'ri-europeizzazione', ovvero ri-consegna all'Europa di un modello nazionale modificato a causa della pressione posta dalle istituzioni sovranazionali e tuttavia confezionato secondo canoni nazionali. La strategia di delegare all'Europa, soprattutto attraverso il canale dei rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia⁴³⁴, la soluzione di problemi domestici altrimenti non risolvibili, si confonde, in tal modo, con l'opposta strategia di porre sui legislatori nazionali il peso gravoso di sentenze che da Lussemburgo si espandono e penetrano nei confini degli ordinamenti nazionali.

La formula più adatta per descrivere questo intenso scambio di punti di vista e di messaggi politicamente pregnanti è quella del dialogo, sia fra gli ordinamenti⁴³⁵, sia fra le corti nazionali e la

⁴³² S. Sciarra, *Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources*, in P. Davies, A. Lyon-Caen, S. Sciarra, S. Simitis, *European Community Labour Law. Principles and Perspectives Liber Amicorum Lord Wedderburn*, cit., p. 189 ss. Gli accordi quadro stipulati dalle parti sociali a livello europeo sono stati fino ad ora tutti trasposti in direttive del Consiglio, anche se quest'ultimo non ne altera il contenuto e si limita ad allegarli alla direttiva.

⁴³³ S. Simitis, *Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro?*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel Ind.* 1994, p. 639 ss.

⁴³⁴ J. Weiler, *Journey to an Unknown Destination: a Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*, in *Journal of Common Market Studies* 1993, p. 422, parla di 'giuridificazione' delle controversie giudiziali e sottolinea lo scambio che i rinvii pregiudiziali avviano fra gli stati, in modo diverso dai normali rapporti diplomatici.

⁴³⁵ Questa la scelta fatta dall'Associazione italiana di diritto del lavoro nelle giornate di studio di Pavia del 1992: *Il dialogo fra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale del lavoro*, Milano 1994, con relazioni di F. Santoni, S. Sciarra, R. Foglia e L. Forlati Picchio.

Corte di giustizia⁴³⁶. Altre formule sono quelle della 'collaborazione' ovvero della 'cooperazione'⁴³⁷. Entrambe segnalano l'opportunità, specie nel rapporto fra le corti, di usare il diritto europeo come strumento di integrazione, talvolta scavalcando il legislatore nazionale al fine di accelerare il processo di concreta attuazione della norma sovranazionale.

Nel campo del diritto del lavoro, l'attivismo delle corti ha fatto emergere interessanti risultati, tanto più se interpretati in chiave comparata ed orientati ad evidenziare il ruolo 'strategico' di altri soggetti, quali agenzie amministrative, enti di varia natura o studi professionali specializzati⁴³⁸.

Prima ancora di venire metaforicamente adottata dalla dottrina per descrivere l'andamento dei rapporti fra Stati membri ed istituzioni europee a vari livelli, dialogo è espressione che figura anche fra le innovazioni introdotte dall'Atto Unico Europeo. Il 'dialogo tra le parti sociali'⁴³⁹ aprì la strada a successivi esperimenti di negoziazione collettiva e, quel che più interessa sottolineare, evidenziò il ruolo di norme non vincolanti, ma meramente orientative, volte ad attrarre nell'orbita di un potere di indirizzo e di sollecitazione della Commissione soggetti ancora privi di una specifica identità istituzionale, quali erano per l'appunto le 'parti sociali'.

La terminologia prescelta in quegli anni dai riformatori del Trattato rispecchia una prassi favorita all'interno di ambienti elitari, lontana dai soggetti collettivi rappresentativi dei datori di lavoro e dei lavoratori a livello nazionale, una prassi del tutto estranea alla frequentazione del conflitto come sanzione collettiva di autotutela. L'esclusione del 'diritto di associazione' ed anche del 'diritto di sciopero e di serrata' dalle competenze comunitarie⁴⁴⁰ serve a rimarcare, ancora oggi, la profonda diversità del contesto istituzionale in cui si calano i germi di un ancora indefinito diritto del lavoro collettivo sovranazionale. Non si può non evocare, a questo riguardo, l'accurata notazione di Lord Wedderburn, preoccupato da una tale 'contraddizione nel cuore della Comunità'⁴⁴¹, tutt'oggi irrisolta e solo in parte attenuata dalla menzione di entrambi i diritti prima richiamati nella Carta dei diritti fondamentali approvata a Nizza⁴⁴².

⁴³⁶ A-M. Slaughter, A. Stone Sweet, J. Weiler, *The European Courts and National Courts*, Oxford 1997; S. Sciarra (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford 2001. Parla dei giudici nazionali come se fossero giudici 'federali' M. D'Antona, *Sistema giuridico comunitario*, ora in *Opere*, vol. I, cit., p.377. Si vedano anche in tema gli interventi raccolti in *Lavoro e diritto* 1998, n. 3-4.

⁴³⁷ Di 'collaborazione' parlano G. e A. Lyon-Caen, *Droit Social International et européen*, cit., p. 173, mentre il concetto di 'cooperazione' è dominante nel pensiero di P. Davies, *The European Court of Justice, National Courts and the Member States*, in P. Davies et al, *European Community*, cit., p. 98 ss.

⁴³⁸ Specialmente in materia di parità uomo-donna, la ricerca comparata evidenzia comportamenti diversi delle corti nazionali e trae originali conclusioni circa il ruolo di altri soggetti strategicamente orientati nell' 'usare' il diritto europeo. Si veda C. Kilpatrick, *Gender Equality: a Fundamental Dialogue*, in S. Sciarra (a cura di), *Labour law*, cit., p. 31 ss.

⁴³⁹ Art. 118 B, introdotto dall'art. 22 dell'AUE. Ancora di facilitazione del dialogo da parte della Commissione e di dialogo che può condurre alla contrattazione collettiva si parla nelle norme contenute nel 'Capitolo sociale' allegato al Trattato di Maastricht ed incluso, dopo Amsterdam, nel Trattato.

⁴⁴⁰ Già presente nel 'Capitolo sociale' allegato al Trattato di Maastricht ed ora nell'art. 137 del Trattato di Nizza. Un'ampia ricognizione dei problemi interpretativi ancora aperti e in G. Orlandini, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea. Uno studio di diritto comparato e comunitario*, Torino 2003.

⁴⁴¹ Lord Wedderburn, *Employment Rights in Britain and Europe*, London 1991, p. 332.

⁴⁴² Pubblicata in *GUCE C 364/1*, del 18 dicembre 2000.

Quanto al diritto del rapporto individuale di lavoro, esso è sorretto a livello europeo da alcuni flebili, seppure significativi, principi. Questi includono, a voler fare alcuni esempi, una reticolare legislazione in tema di salute e sicurezza⁴⁴³, l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore circa le condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro⁴⁴⁴, la tutela dei lavoratori nelle crisi d'impresa⁴⁴⁵.

Più variegato è il campo della normativa europea che vieta la discriminazione, specialmente a seguito dell'inserimento nel Trattato di Amsterdam dell'art. 13 e dell'emanazione di direttive a più ampio spettro, se confrontate con le prime direttive in materia di parità fra uomo e donna⁴⁴⁶. Si va delineando a questo proposito un'area di intervento legislativo così vasta da rendere necessario un coordinamento delle politiche legislative, anche per evitare che taluni soggetti ricevano più tutela di altri⁴⁴⁷.

Vi è poi da menzionare la legislazione in materia di informazione e consultazione, dapprima limitata ai comitati aziendali europei⁴⁴⁸, poi affiancata alla disciplina della società europea⁴⁴⁹, infine formulata nel senso di istituire un quadro generale sulle regole minime per l'esercizio generalizzato di tali diritti⁴⁵⁰.

Come si vede, siamo in presenza di un sistema frastagliato, difficilmente proiettabile nel futuro, quanto ad una sua potenziale espansione. Proprio per l'assenza di un suo respiro unitario, il sistema europeo di diritto del lavoro continua ad essere non comparabile con i sistemi nazionali. Questi ultimi hanno difeso ampie aree di sovranità anche a causa della difficoltà di riversare sul livello sovranazionale l'ansia di cambiamento della materia. Un esempio significativo è quello della libera circolazione dei lavoratori, una delle aree di elezione del diritto europeo fin dalle sue origini, stretta nei vincoli delle decisioni all'unanimità e pertanto ferma all'impostazione originaria⁴⁵¹.

Piuttosto che avallare un atteggiamento della dottrina giuslavorista ostinatamente critico - e talvolta distruttivo - nei confronti dell'ordinamento europeo e dei suoi limiti istituzionali, è utile evidenziare come la stessa dottrina si sia esercitata nell'intento di colmare le lacune dell'ordinamento europeo.

⁴⁴³ Di cui non si può in una sola nota dar conto, ma che prende origine dalla Direttiva quadro 89/391 CEE.

⁴⁴⁴ Direttiva 91/533/CEE, 14 ottobre 1991.

⁴⁴⁵ Direttiva 98/59 CE del 20 luglio 1998, che adegua la disciplina dei licenziamenti collettivi risalente agli anni settanta; Direttiva 77/187/CEE del 14 febbraio 1977 e Direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001, entrambe in materia di trasferimenti d'impresa; Direttiva 2002/74/CE, del 23 settembre 2002, che modifica la Direttiva 80/987/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

⁴⁴⁶ V. la Direttiva 2000/43/CE, del 29 giugno 2000, che vieta la discriminazione per razza ed origine etnica e la Direttiva quadro 2000/78/CE, del 27 novembre 2000, in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

⁴⁴⁷ Come sostenuto da M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford 2002, p. 210 ss.

⁴⁴⁸ Direttiva 94/45/CE, del 22 settembre 1994.

⁴⁴⁹ Regolamento n. 2157/2001, dell'8 ottobre 2001.

⁴⁵⁰ Direttiva 2002/14, dell'11 marzo 2002.

⁴⁵¹ Importante appare la preannunciata riforma del Regolamento 1408/71 e la sua estensione a cittadini di stati terzi legalmente residenti. Cfr. A. Numhauser-Henning, *Freedom of Movement and Transfer of Social Security Rights*, Relazione presentata al VII Congresso Europeo dell'Associazione Internazionale di diritto del lavoro e sicurezza sociale, Stoccolma 2002.

Un primo esempio si rintraccia nell'intenso dibattito sui diritti sociali fondamentali che, specie negli anni intercorsi fra il Trattato di Maastricht e quello di Amsterdam, ha visto i giuristi del lavoro attivi e propositivi, per lo meno quanto lo sono state le istituzioni europee⁴⁵². Da questa stagione assai vivace e proficua per il confronto scientifico emerge un dato centrale su cui riflettere. Sia pure nella diversità dei toni adottati e nelle sfumature circa le soluzioni tecniche da favorire, si rivela sulla scena sovranazionale l'anima riformista del diritto del lavoro, quella che, a ben vedere, è stata vincente negli anni di fondazione della materia e che proprio dal metodo giuridico comparato ha tratto una indiscutibile forza propulsiva.

Un altro esempio, anch'esso collocato sul finire degli anni novanta, ha a che fare con uno straordinario e ben riuscito esperimento di collaborazione fra esperti di diversa estrazione nazionale e disciplinare, volto a ridisegnare i confini della materia, intrecciando in modo nuovo diversi regimi di tutela e proponendo uno 'statuto professionale' del lavoro. Il rapporto Supiot⁴⁵³ ha avuto il merito di risvegliare il dibattito europeo e di convogliare molti dibattiti nazionali verso una riflessione innovativa. L'Europa, in questo caso, ha rappresentato uno stimolo per gli ambienti accademici, chiamati a riflettere sui principi e sul metodo, piuttosto che su impellenti scadenze legislative.

Ciò che spinge il giurista del lavoro nazionale verso mete così ambiziose - quali la riforma dei Trattati o la rivisitazione di alcune importanti categorie giuridiche - è, molto probabilmente, l'ansia di difendere il proprio sistema di valori costituzionali. Ma altrettanto forte è la pulsione verso un sistema nuovo di diritti e principi, che segni la sua stessa rinascita come giurista del lavoro europeo. Si può interpretare in questo modo l'avvio di una nuova fase del diritto del lavoro di fronte all'Europa: un futuro da comprendere e da costruire avendo sempre più chiaro l'intreccio fra competenze legislative nazionali ed europee. Questo è uno dei nodi istituzionali intorno a cui si sta svolgendo il lavoro della Convenzione europea⁴⁵⁴.

L'ambizione del giurista-riformatore dei Trattati si esplicita su un piano diverso da quello del giurista-consigliere del legislatore nazionale. Mentre si può immaginare che il primo proietti su una futura fonte di rango costituzionale una conoscenza comparata dei sistemi nazionali e giunga per questa via ad isolare le aree di diritti meritevoli di una tutela forte, si può temere che il secondo, assillato da un presente irto di compromessi, si allontani dalla visione di un organico ordinamento futuro e si convinca di non poter contribuire a crearlo. L'inadeguatezza, all'origine del senso di

⁴⁵² Oltre ad un primo *pamphlet* (Blanpain, Hepple, Sciarra, Weiss, *Fundamental Social Rights, Proposals for the European Union*, Leuven 1996), si deve ricordare il gruppo di giuristi del lavoro attivi intorno all'Istituto di ricerca del sindacato europeo (Bercusson, Deakin, Koistinen, Kravaritou, Muckenberger, Supiot, Veneziani, *A Manifesto for Social Europe*, Bruxelles ETUI 1996). Ma soprattutto si deve evidenziare il 'tocco' giuslavoristico impresso da S. Simitis, chiamato, in un momento maturo del dibattito, a presiedere un importante Comitato di esperti. Cfr. Commissione Europea, *Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea: è tempo di agire. Rapporto del gruppo di esperti sui diritti fondamentali*, Bruxelles, febbraio 1999.

⁴⁵³ *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Parigi 1999. Presieduto da un giuslavorista, Alain Supiot, il gruppo ha redatto un rapporto per la Direzione degli affari sociali della Commissione, utilizzando l'Università Carlos III di Madrid come base logistica. La versione inglese è pubblicata da Oxford University Press (2001).

⁴⁵⁴ Il V gruppo di lavoro della Convenzione si è occupato delle competenze 'complementari', che dovrebbero coprire aree rilevanti per salvaguardare l'identità degli Stati Membri e che vengono ridefinite 'misure di sostegno' (la traduzione, di '*supporting measures*', è mia). Cfr. CONV 375/1/02 REV 1.

colpa, nasce da questa sfasatura fra due piani di riforma – quello sovranazionale e quello nazionale – che dovrebbero, al contrario, correre paralleli.

3. Diritto del lavoro e 'sensi di colpa'. Alla ricerca di un equilibrio delle fonti

In uno dei tanti spunti psicanalitici che si incontrano nelle pagine di Lord Wedderburn si legge che l'opera di Kahn-Freund ha lasciato in molti suoi interpreti un sentimento ambivalente di odio e amore, simile a quello che i figli provano nei confronti del padre⁴⁵⁵.

Senza dubbio questa lacerante sensazione si ritrova nella difficoltà di adeguare a tempi di crisi economica gli strumenti di analisi che avevano sorretto gli sforzi ricostruttivi della dottrina giuslavoristica in tempi di espansione. Il peso delle teorie di Kahn-Freund si era fatto sentire dapprima in termini di avanzamento del sistema di diritto del lavoro - per l'Italia basti pensare allo Statuto dei lavoratori come esempio fra i migliori in Europa di legislazione *auxiliary*, ovvero di sostegno non invadente - e successivamente in termini destabilizzanti – si pensi alla ridotta autonomia del sistema di contrattazione collettiva ed ai difficili rapporti legge-contratto collettivo negli anni successivi agli shock petroliferi -.

Questa osservazione si adegua a numerosi ordinamenti europei. Il dopo-Kahn-Freund assunse i toni di una vera e propria catarsi nel dibattito che per lungo tempo occupò la dottrina britannica⁴⁵⁶. La riflessione, non a caso, si orientò verso la ricerca delle origini della materia e ne propose una rivisitazione. Questa ebbe, talvolta, le caratteristiche di una scoperta rassicurante, quasi che vi fosse urgenza di contrapporre una solida tradizione di regole e di principi alla dilagante ansia di intervento deregolativo⁴⁵⁷.

In realtà, come ha recentemente scritto Mark Freedland in una rilettura dei passaggi cruciali del pensiero di Kahn-Freund, il lento declino del *laissez-faire* collettivo era già annunciato all'interno del sistema britannico all'inizio degli anni settanta. La sua difesa, indirizzata a preservare una forte autonomia dei soggetti collettivi e del loro potere normativo, era nient'altro che 'una battaglia di retroguardia', a fronte della incalzante giuridificazione nella disciplina dei rapporti di lavoro. Similmente, l'aver qualificato il diritto come forza secondaria nella regolamentazione dei rapporti di lavoro, piuttosto che una professione di fede, era una 'confessione' accorata, una ammissione silenziosa della incapacità dei giuristi progressisti di proporre soluzioni durature contrapposte alle politiche legislative dei conservatori⁴⁵⁸.

Si potrebbe suggerire che anche l'Europa abbia insinuato un simile sconcerto fra i giuristi del lavoro, contribuendo ad appannare un loro ruolo di promotori della giustizia sociale. Essa potrebbe aver mostrato i limiti della disciplina, spingendola in una zona grigia, in cui è sempre più difficile distinguere il tocco innovatore da quello conservatore, l'impianto garantista da quello liberista. Come se la sindrome del giurista ebreo esule in Inghilterra, mai sazio di democrazia e sempre alla ricerca di nuove conquiste intellettuali, talvolta deluso dai passi lenti che proprio la democrazia,

⁴⁵⁵ Lord Wedderburn, *Common, law, labour law, global law*, traduzione italiana apparsa in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2002, p. 4.

⁴⁵⁶ R. Lewis e J. Clark (a cura di), *Labour Law and Politics in the Weimar Republic. Otto Kahn-Freund*, Oxford 1981; Lord Wedderburn, R. Lewis, J. Clark, *Labour Law and Industrial Relations: Building on Kahn-Freund*, Oxford 1983.

⁴⁵⁷ In Italia una grande influenza in questa ricerca si deve a Gaetano Vardaro. Si veda la sua introduzione, dal titolo *Il diritto del lavoro nel 'laboratorio Weimar'*, in G. Arrigo e G. Vardaro (a cura di), *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania pre-nazista*, Roma 1982.

⁴⁵⁸ M. Freedland, *Sir Otto Kahn-Freund, QC FBA, 1900-1979*, in corso di pubblicazione.

con l'alternanza dei governi, impone all'evoluzione del diritto del lavoro, si fosse riversata sulle molte generazioni di giuristi del lavoro nazionali posti di fronte all'Europa. Quasi che questi fossero stati progressivamente 'esiliati' in Europa, alla ricerca di nuove e vecchie radici.

In realtà non è così: l'Europa non è un esilio per il diritto nazionale, né per i giuristi che lo coltivano. Sarebbe, tuttavia, altrettanto fuorviante ritenere che essa sia una sorta di terra promessa, una meta da raggiungere tagliando i ponti con il passato.

Non è un caso che fra coloro che più hanno favorito la diffusione della comparazione come strumento di ampliamento degli orizzonti di conoscenza e dunque di apertura all'Europa, si collochino alcuni, come Lord Wedderburn, fra i più strenui sostenitori di un punto di vista critico circa l'impatto del diritto europeo sul diritto del lavoro⁴⁵⁹. In Francia l'invito a resistere intelligentemente alla 'infiltrazione' del diritto della concorrenza nel diritto del lavoro venne da una dottrina sensibile agli sviluppi del diritto europeo e, forse proprio per questo, attenta a cogliere le istanze nazionali di valorizzazione dei principi costituzionali⁴⁶⁰.

I due autori appena citati, vicini ancorché divisi dal Canale della Manica, intrattennero un dialogo sulle pagine di una rivista italiana intorno ad un tema che, specialmente a distanza di tempo, appare emblematico. Nel commentare due sentenze della Corte di giustizia di condanna del Regno Unito per aver omesso di recepire correttamente nel diritto interno due direttive degli anni settanta - in materia di trasferimento di impresa e di licenziamenti collettivi⁴⁶¹ - i due giuslavoristi presentano argomenti critici nei confronti del legislatore britannico, quasi a voler stigmatizzare l'ostinato atteggiamento dei governi conservatori nei confronti dell'Europa sociale.

Il non corretto adempimento all'obbligo di trasposizione delle direttive si manifestò, tra l'altro, nel non avere previsto la costituzione di rappresentanti dei lavoratori da consultare ed informare. Imporre un rappresentante 'a cui dover dare conto delle proprie azioni' – sottolinea non senza ironia il commentatore francese – 'è un'idea totalmente estranea alla pura logica liberale'⁴⁶². Ed inoltre, quando si discute di direttive funzionali al funzionamento del mercato unico, come è nel caso delle fonti in questione, si rischia di confondere il fine con i mezzi, ingenerando confusione circa la divisione delle competenze, poiché dovrebbe spettare al legislatore nazionale la scelta delle modalità tecniche di tutela dei lavoratori.⁴⁶³ Come dire che non c'è da farsi troppa illusione circa i reali obiettivi delle direttive strutturali, né circa la loro incisività sui sistemi nazionali.

Il 'frammento' di cui parla Lord Wedderburn, raccolto da Lyon-Caen con una ironia tutta francese, è, soprattutto nell'ottica britannica, il simbolo di una contraddizione del diritto del lavoro europeo ancora molto viva. Wedderburn non abbandona l'idea che, per correggere lo squilibrio fra le parti

⁴⁵⁹ Una selezione di saggi tradotti in italiano è in Lord Wedderburn, *I diritti del lavoro*, Milano 1998. Nella Prefazione a questo libro l'autore ricorda i 'seminari di Pontignano', un'occasione di apprendimento e di pratica del diritto comparato per giovani giuslavoristi, finanziata, tra l'altro, dall'Associazione italiana di diritto del lavoro.

⁴⁶⁰ G. Lyon-Caen, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit ouvrier*, 1992, p. 313 ss. Il tema è ripreso da S. Giubboni, *Diritti sociali*, cit., cap. III, con numerosi riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha sollecitato una lettura critica - ma non animata da pregiudizi - del diritto del lavoro in relazione al diritto europeo della concorrenza.

⁴⁶¹ C-382/92 e C-383/92, dell'8 giugno 1994, commentate da G. Lyon-Caen, *Il Regno Unito: allievo indisciplinato o ribelle indomabile*, e da Lord Wedderburn, *Il diritto del lavoro inglese davanti alla Corte di giustizia. Un frammento*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.* 1994, p. 663 ss.

⁴⁶² Così G. Lyon-Caen, *Il Regno Unito*, cit., p. 689.

⁴⁶³ Ivi, pp. 680-81.

del contratto di lavoro, occorra, in primo luogo, dar voce ai lavoratori attraverso loro rappresentanti. Egli è consapevole del profondo radicamento di queste istituzioni nei sistemi nazionali e dell'impossibilità di trasporle attraverso direttive. Una tale consapevolezza va al cuore di uno squilibrio fra diritti sociali e mercato che solo una rivisitazione del sistema delle fonti può sanare.

Quel dialogo fra due studiosi attenti a mantenere un equilibrio fra fonti nazionali e sovranazionali avrebbe forse fatto fremere Kahn-Freund, per la ritrovata *vis* polemica di un giuslavorismo progressista e nel contempo attento nel calibrare gli effetti del cambiamento. Quel dialogo trasmette ai lettori contemporanei la convinzione che gli effetti propulsivi del diritto europeo nei confronti del diritto nazionale non possano non tenere conto delle circostanze in cui ciascun ordinamento si trova ad operare e del peso – o dell'assenza - delle istituzioni che in quell'ordinamento operano.

A ben vedere, le misure di cui si parla hanno a che fare con l'esercizio di una libera iniziativa economica da parte delle imprese. I limiti sopportabili, provenienti sia dal diritto europeo sia dal diritto interno, sono di natura squisitamente procedurale e mirano ad un ridimensionamento – non necessariamente ad una rimozione – degli effetti, anche traumatici, subiti dai lavoratori. La distorsione della libera concorrenza nel mercato può essere corretta solo per via legislativa ed è per questo che quella tecnica regolativa non è stata abbandonata. Gli interventi di ammodernamento su entrambe le materie regolate dalle precedenti direttive degli anni settanta⁴⁶⁴ stanno a dimostrare che non è stata dismessa l'impostazione tradizionale del legislatore comunitario, volta al riavvicinamento delle legislazioni nazionali nelle materie che più da vicino interessano il funzionamento del mercato interno.

Negli anni novanta, quando la mancata crescita economica si svela nei suoi allarmanti aspetti di crisi occupazionale e di crescente esclusione sociale, si tocca con mano l'inadeguatezza delle precedenti tecniche regolative.

Si assiste così ad una doppia crisi del diritto del lavoro: quella interna ai sistemi nazionali, incapaci sia di arrestare l'incremento della disoccupazione sia di creare nuovo lavoro, quella esterna e tuttavia parallela che è alimentata dalla debolezza delle fonti comunitarie e dalla mancanza di una intima coerenza nell'impianto dei diritti fondamentali.

Sulla scorta di così tante incertezze, quasi inconsciamente, a voler usare un'altra metafora psicanalitica, i gius-lavoristi si sono aperti alla comprensione di una nuova fase del diritto europeo. Lo hanno fatto con circospezione, talvolta con sospetto, talaltra con entusiasmo da neofiti. I più disincantati non hanno coltivato troppe illusioni, forse perché consapevoli delle difficoltà intrinseche in una comparazione diacronica e convinti che il rinnovamento dei sistemi nazionali, neanche nelle nuove circostanze politiche ed istituzionali venutesi a creare, sarebbe stato effetto diretto dell'Europa, quanto piuttosto frutto di mediazioni ancora più complesse a causa dell'Europa.

Nel governare questa nuova complessità e nel comprendere i nessi fra sistemi giuridici operanti contemporaneamente su più livelli, le raffinate categorie interpretative adottate nella cerchia dei

⁴⁶⁴ Direttiva 98/59 CE, del 20 luglio 1998; Direttiva 2001/23 CE, del 12 marzo 2001, che modifica, soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, la precedente direttiva. Entrambe le direttive, come le precedenti, hanno come base giuridica l'art. 100 TCE, divenuto poi l'art. 94. Sulla stessa base giuridica si fonda la disciplina di tutela dei lavoratori in caso di insolvenza dei datori di lavoro: v., ora, la già ricordata Direttiva 2002/74/CE.

giuristi più aperti ad esperienze comparate non sono meccanicamente riproponibili. La teoria del *laissez faire*, se intesa come benefico arretramento dello stato a fronte di un autonomo potere normativo dei soggetti collettivi, si presenta ulteriormente indebolita di fronte al sistema europeo. Si è constatato che all'emergente diritto del lavoro comunitario era problematico adeguare – se non con il ricorso ad una 'finzione'⁴⁶⁵ – l'analisi e la pratica del diritto del lavoro nazionale, specialmente nei suoi risvolti collettivi.

Anche il pluralismo delle fonti, una ingombrante eredità tramandata dal diritto del lavoro nazionale, ha subito nel contesto europeo un drastico ridimensionamento. Il diritto del lavoro comunitario ha progressivamente imparato ad apprezzare la *soft law*, un diritto non vincolante, espresso attraverso indicazioni, piuttosto che comandi. I deboli principi contenuti nella *hard law* sono stati via via affiancati da una rete pervasiva di segnali inviati dalle istituzioni comunitarie agli Stati Membri e gestiti frequentemente da apparati ministeriali, dapprima in modo occasionale, in seguito con una crescente specializzazione⁴⁶⁶.

Il diritto del lavoro nazionale ha cominciato così a stemperarsi nel contesto europeo, ad assumere connotati più sfumati: non necessariamente uno strumento di emancipazione sociale, né un coerente sistema di garanzie per il contraente debole, ma un ingrediente di altre strategie, in particolare delle politiche occupazionali e di inclusione sociale.

Nel confronto fra discipline diverse, all'immagine del dialogo, prima suggerita, si sostituisce quella del coordinamento, una tecnica regolativa sempre più diffusa, anche perché funzionale al clima politico-culturale avviato dalla Commissione con il Libro bianco sulla *governance*⁴⁶⁷. Quest'ultimo documento ha inteso anticipare il dibattito sulle riforme istituzionali diffondendo ad ampie mani una cultura della consultazione e del dialogo, estesa anche alla società civile, espressione in cui rientrano a pieno titolo sia il Comitato economico e sociale, sia le parti sociali nelle loro articolazioni nazionali e comunitarie. La rete di rapporti che questo documento apre è capillare, anche se resta ancora tutta da dimostrare la legittimazione dei soggetti consultati ad entrare a pieno titolo in un processo decisionale⁴⁶⁸.

Le corde del diritto del lavoro sono sensibili al tema della rappresentatività dei soggetti collettivi. Tuttavia, l'incontro con organizzazioni portatrici di interessi diffusi o con gruppi monotematici, che perseguono obiettivi ben circoscritti, non è facile e richiede, soprattutto da parte delle associazioni dei lavoratori, una forte opera di revisione della propria identità.

⁴⁶⁵ A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni*, cit., fa riferimento prevalentemente alla contrattazione collettiva comunitaria, priva di un fondamento costituzionale e ridotta a mera tecnica regolativa. Similmente cauta nel proporre assonanze fra sistemi nazionali di contrattazione collettiva e l'emergente sistema del dialogo sociale è F. Guarriello, *Il ruolo delle parti sociali nella produzione e nell'attuazione del diritto comunitario*, in *Europa e Diritto Privato*, 1999, n. 1, p. 243 ss.

⁴⁶⁶ Il caso italiano è studiato da M. Ferrera e E. Gualmini, *Salvati*, cit.; gli stessi autori hanno redatto per l'ISFOL un rapporto dal titolo *La strategia europea sull'occupazione e la governance domestica del mercato del lavoro: verso nuovi assetti organizzativi e decisionali*, in C. Dell'Aringa (a cura di), *Impact Evaluation of the EES*, maggio 2002, in cui la progressiva specializzazione delle competenze interne all'amministrazione italiana è studiata ed interpretata come effetto delle linee guida europee.

⁴⁶⁷ COM (2001) 428 final, Bruxelles 25.7.2001, *European Governance. A White Paper*, che peraltro è singolarmente elusivo sulla crescente importanza del metodo del coordinamento aperto.

⁴⁶⁸ Al riguardo, si veda un primo tentativo di indicare criteri di rappresentatività in COM (2002) 277 final, *Communication from the Commission. Towards a reinforced culture of consultation and dialogue. Proposals for general principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission*, Bruxelles, 5.6.2002.

Per comprendere fino in fondo la durezza della sfida lanciata al diritto del lavoro nazionale ed ai suoi solidi principi ordinamentali, si deve guardare alle trasformazioni che nel giro di pochi anni hanno subito le politiche europee dell'occupazione. Con l'avvio, avvenuto nel Consiglio Europeo di Lisbona⁴⁶⁹, del metodo aperto di coordinamento, si è osservata un'interessante proliferazione di tecniche comparative, tali da consentire una equilibrata valutazione delle riforme messe in atto da ciascuno stato.

Mentre il diritto del lavoro comparato segue percorsi sofisticati di raffronto fra le istituzioni che operano nel mercato, nel coordinamento delle politiche occupazionali il raffronto è fra dati non sempre comparabili. Se si pongono obiettivi da raggiungere in termini di crescita dell'occupazione, non si può non tenere conto della disaggregazione di dati importanti che hanno a che fare sia con la definizione di lavoratore occupato, sia con la segnalazione di fasce particolari di lavoratori a lungo esclusi dal mercato del lavoro, o particolarmente svantaggiati nella fase dell'ingresso nel mercato medesimo.

Nella elaborazione di indicatori, utili a favorire il coordinamento delle politiche nazionali, le istituzioni europee e gli esperti inviati dai governi nazionali hanno profuso una nuova scienza della comparazione che, per certi versi, sembra precedere qualunque analisi giuridica tradizionale⁴⁷⁰. Il rischio è che si confonda con il metodo giuridico comparato questa nuova pratica, utile alla valutazione delle *performance* nazionali e particolarmente indicata per coinvolgere le amministrazioni nella gestione nazionale delle politiche comunitarie. Come ho già detto nel corso di queste mie osservazioni, ai giuristi del lavoro spetta liberare la comparazione fra sistemi di norme dal limbo di una comparazione fra dati statistici.

Gli indicatori economici e sociali descrivono realtà in movimento; servono a cogliere la distribuzione dell'esclusione sociale ed a segnalare le aree di maggiore sofferenza nel mercato del lavoro; mostrano i collegamenti fra politiche occupazionali, innovazione e ricerca. Ai giuristi viene offerto un universo da valutare all'interno di politiche economiche e strutturali sempre più coese, in cui le politiche occupazionali devono incunearsi come uno degli elementi delle strategie da adottare.

Il metodo aperto di coordinamento significa anche questo: spiegare alle istituzioni comunitarie le scelte dei legislatori nazionali, svelare il funzionamento delle macchine burocratiche, illustrare da quali presupposti si prendono le mosse e dimostrare come, nel tentativo di coordinarsi, le posizioni di partenza possono essere modificate. Le istituzioni comunitarie, a loro volta, valutano, esaminano, svolgono un monitoraggio delle misure adottate a livello nazionale, sollecitano, se necessario criticano ed invitano a correggere il tiro, attraverso raccomandazioni.

⁴⁶⁹ Consiglio Europeo di Lisbona, 23-24 Marzo 2000.

⁴⁷⁰ Una prima analisi del ruolo degli esperti nazionali nella elaborazione degli indicatori è svolta da C. de la Porte, *Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Policy Areas?*, in *European Law Journal*, 2002, p. 41. Più ampia la ricerca di T. Atkinson, B. Cantillon, E. Marlier e B. Nolan, *Social Indicators: the EU and Social Inclusion*, Oxford 2002, nata dalla collaborazione di un gruppo di accademici e di *policy-makers*, voluta dalla Presidenza belga nel 2001.

In questo regime di *soft law* si adotta una tecnica regolativa assai poco regolativa. I dati certi che si ricavano dalle norme del Trattato sono relativi alle scadenze entro cui le procedure della strategia coordinata a favore dell'occupazione si devono sviluppare⁴⁷¹; tutto quanto promosso dal Consiglio in termini di scambi di informazioni e migliori prassi, analisi comparative e progetti pilota, è materia espressamente sottratta alla tecnica regolativa dell'armonizzazione⁴⁷².

Intorno alla sperimentazione delle politiche europee dell'occupazione sembra essersi aperta una nuova stagione di entusiasmo, anche fra i giuristi del lavoro. Non sembra trattarsi di una deriva verso un non-diritto; sembra piuttosto che si sia alla ricerca di un nuovo asse intorno a cui far ruotare la coerenza normativa dei sistemi nazionali, forse correndo il rischio che si riduca sempre più il terreno tradizionale di intervento del diritto del lavoro.

Perché non si perda il patrimonio di valori intorno a cui questa materia si è diacronicamente sviluppata e tuttavia si apprezzi la sincronia di sistemi giuridici impegnati nello sforzo di un comune coordinamento sovranazionale, occorre riflettere ancora sui presupposti costituzionali, sulla loro funzione di calibratura, sulla loro lungimiranza.

Come si è già detto, il diritto del lavoro non dovrebbe rincorrere il diritto europeo, in una sorta di affannosa e sovente ritardata individuazione degli obiettivi da perseguire, ma porsi nelle condizioni di seguirne l'evoluzione e di assecondare criticamente l'uropeizzazione del diritto interno. Altrettanto affannose e dispersive si rivelano le rincorse verso altri 'modelli' nazionali ritenuti vincenti, quasi a voler promuovere il metodo comparato dentro uno schema di dipendenza culturale nei confronti di politiche legislative rivelatesi efficaci. La comparazione deve piuttosto risalire alle istituzioni che operano nei mercati del lavoro, prime fra tutte le parti sociali, portatrici di una cultura nazionale sia nella contrattazione collettiva, sia nel conflitto, sia nel rapporto con le istituzioni.

L'erba del vicino europeo non è sempre più verde per chi interpreta l'integrazione attraverso il diritto del lavoro come un processo aperto, se necessario lento, proprio perché attento a diversificare piuttosto che ad armonizzare.

Si può concludere questa breve lettura diacronica della lingua adottata dal diritto del lavoro europeo con la speranza che essa divenga nello scorrere degli anni sempre più una lingua madre dei legislatori sovranazionali e dei riformatori dei Trattati, naturale nel segno scritto e parlato, familiare nel suono. Ad essa potranno abbandonarsi piacevolmente, senza sensi di colpa, i giuristi del lavoro nazionali.

⁴⁷¹ È annuale la relazione comune del Consiglio e della Commissione, così come lo sono le conclusioni del Consiglio (art. 128 TCE); ogni anno ciascuno Stato Membro trasmette alla Commissione ed al Consiglio una relazione sulle politiche occupazionali adottate.

⁴⁷² V. l'art. 129 TCE.