



URGE WORKING PAPER 6/2007

**L'europeizzazione del diritto del lavoro italiano
Spunti d'analisi**

Stefano Giubboni

Università di Firenze e URGE
e-mail: stefano.giubboni@unifi.it

URGE is the Research Unit on European Governance of the Collegio Carlo Alberto Foundation

Address: URGE, Collegio Carlo Alberto, Via Real Collegio 30, 10024 Moncalieri (Turin), Italy

Website: www.urge.it

1. L'uropeizzazione del diritto del lavoro italiano ed i suoi "formanti"

La recente letteratura politologica sul processo di integrazione europea è ricca di suggestioni interpretative sui tortuosi percorsi di europeizzazione delle politiche pubbliche italiane (v. per tutti Giuliani 2006a, ove ampi riferimenti). Anche le politiche sociali hanno formato oggetto di sofisticate analisi sul grado di incidenza del processo di integrazione europea, ed in particolare – negli ultimi anni – sull'impatto del metodo aperto di coordinamento sugli orientamenti di *policy* e le capacità istituzionali del sistema italiano (v. solo Sacchi 2006 e Ferrera e Sacchi 2004).

Si tratta di suggestioni preziose anche dal punto di vista dell'analisi giuridica, ove questa voglia allargare lo sguardo alla complessiva incidenza dell'integrazione europea in determinate aree dell'ordinamento giuridico nazionale. È quanto si tenterà di fare in questo contributo, con gli spunti d'analisi che seguono sul recepimento della legislazione sociale europea nel diritto del lavoro italiano.

La misurazione, in prospettiva storica, del grado di recepimento della (ed a maggior ragione del tasso di adeguamento alla) normativa sociale europea da parte del legislatore italiano, costituisce invero esercizio difficile. E la difficoltà aumenta se – come suggerisce la prospettiva d'analisi appena richiamata – si intenda inquadrare il discorso sull'atteggiamento assunto nel tempo dal legislatore italiano verso quello europeo all'interno del più ampio contesto tematico dischiuso dalla complessiva vicenda della europeizzazione del diritto del lavoro nazionale¹.

Il tema del recepimento della normativa sociale europea nella legislazione italiana ben si presta, infatti, ad essere affrontato quale più ampia occasione di riflessione sull'incidenza del processo di integrazione europea sul diritto del lavoro interno, quale spunto per una analisi della europeizzazione dell'ordinamento nazionale nel vasto campo della disciplina dei rapporti di lavoro². Esso si presta in tal senso ad essere discusso in una prospettiva prevalentemente metodologica, cercando di offrire una griglia analitica che consenta di verificare – in chiave diacronica e comparata – in quali forme, modi, direzioni, e secondariamente in quali misure, l'ordinamento giuridico nazionale abbia risentito del processo di integrazione europea in materia sociale; quindi non solo come il legislatore nazionale abbia recepito, si sia cioè in senso proprio adeguato, alle fonti (*in primis* alle direttive) nelle quali si è andata stratificando la politica sociale comunitaria, ma, più in generale, come l'ordinamento nazionale sia rimasto "influenzato" dagli (e magari abbia esso stesso influito sugli) sviluppi del processo integrativo nel vasto campo considerato.

In coerenza con questa scelta, in questo contributo ci si limiterà ad osservazioni di taglio prevalentemente metodologico, pur se doverosamente confortate dalla indicazione di esempi, o di casi, ritenuti salienti o emblematici della forme – discretamente diverse – in cui si è realizzata, e si realizza, la europeizzazione del diritto del lavoro nazionale. E lo si farà – con le inevitabili selezioni e restrizioni tematiche – restando dentro i confini di una prima riflessione di taglio generale, e per cenni inevitabilmente schematici, su di un tema

¹ Quello rappresentato dalla complessiva analisi dei molteplici canali di influenza dell'ordinamento europeo sullo sviluppo storico del diritto del lavoro nazionale, è, in effetti, il punto di osservazione assunto dalle (non numerose) ricerche dedicate *ex professo* al tema; cfr. per esempio, in un'ottica comparata, i contributi di A. Lyon-Caen (1991), Sala Franco e Ramirez Martinez (1991), Simitis e Korner-Dammann (1991).

² Una prima ed inevitabile restrizione dell'oggetto dell'indagine impone di tener fuori dall'analisi – salva qualche rapida battuta – il diritto (comunitario ed interno) della sicurezza sociale; per una recente ricognizione del tema sia tuttavia consentito un rinvio a Giubboni (2007a).

vasto e complesso quale, appunto, quello della europeizzazione del diritto del lavoro italiano.

Specie se riguardata in prospettiva storica, la europeizzazione del diritto del lavoro e – in misura decisamente più contenuta – del diritto della sicurezza sociale nazionale appare, in effetti, vicenda complessa, irriducibile a logiche unitarie. Sono infatti innanzitutto declinabili al plurale i diversi “formanti”³ del processo di europeizzazione del diritto del lavoro nazionale: il *formante legislativo*, il primo ad incidere storicamente sull’ordinamento nazionale e quello che può essere più propriamente affrontato in termini di recepimento o di adeguamento da parte del legislatore italiano alla normativa sociale europea; il *formante giurisprudenziale*, altrettanto decisivo in particolare a partire dalla metà degli anni Settanta, e che ben presto esibisce una spiccata autonomia e un’autonoma forza propulsiva rispetto al primo (sul quale, peraltro, esso è almeno in parte chiamato a reagire in una logica riflessiva); ed infine – ma solo in ordine cronologico e non certo, oggi, d’importanza – il formante di più recente emersione, ovvero il *formante della politica sociale comunitaria post-regolativa*, a normatività debole ma ad incidenza politica forte; quella – tanto per intenderci – che trova nella strategia europea dell’occupazione (SEO), e poi, più in generale, nel metodo aperto di coordinamento, il suo centro gravitazionale.

2. Il formante legislativo e il recepimento della normativa sociale europea in Italia

Il primo dei formanti di europeizzazione del diritto del lavoro italiano è anche quello che ha più vistosamente risentito dei radicali mutamenti intercorsi nei modi di concepire l’intervento normativo comunitario in materia sociale (v., ora, anche la sintesi di Catalucci 2006). È invero radicalmente mutato nel tempo, rispetto al modello originario presupposto dal Trattato istitutivo, quale faticosamente coltivato dalla prima legislazione sociale europea degli anni Settanta, il modo stesso di intendere l’intervento legislativo comunitario in materia. Qualcuno, forse un po’ enfaticamente, ha parlato al riguardo di un vero proprio “cambiamento di paradigma” della politica sociale europea (Szyszczak 2001), individuando convenzionalmente il momento di (prima) cesura tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni Novanta, ed indicando con una qualche dose di convenzionalità il momento di compiuto passaggio ad una fase nuova nel celebre Vertice di Lisbona del marzo del 2000.

Sia pure per ragioni di segno diverso, che in parte hanno a che fare con sviluppi istituzionali interni, “endogeni”, per così dire, al nostro ordinamento, anche l’atteggiamento del legislatore italiano è mutato nel tempo, potendo anche qui fissarsi convenzionalmente tra la fine degli anni Ottanta e l’inizio degli anni Novanta la maturazione di un atteggiamento nuovo; in una logica di apparente “co-evoluzione” rispetto al mutato indirizzo del legislatore comunitario, che pare riflettere, ove vista in prospettiva allargata, il carattere non unidirezionale del processo di europeizzazione del diritto (del lavoro) nazionale. Laddove l’impulso armonizzatorio proveniente

³ Per usare liberamente, adattandola allo specifico contesto della nostra indagine, la nota formula di Sacco (1992, pp. 43 ss.). Con essa, come noto, il prestigioso comparatista designa i diversi insiemi costitutivi (legale, dottrinale, giurisprudenziale ...) degli ordinamenti giuridici da assumere ad oggetto dell’indagine comparata. La locuzione è qui liberamente traslata (come già in Giubboni e Sciarra 2000) per il suo valore evocativo, con un impiego che – come evidente – supera anche quella “dissociazione di superficie fra i formanti legale, dottrinale e giurisprudenziale”, che lo stesso Sacco (1992, p. 46, in nota) attribuisce ai “non comparatisti”.

dall'ordinamento sopranazionale è fattore condizionante del processo di cambiamento del diritto nazionale, che appare a sua volta largamente condizionato da quest'ultimo⁴.

Volendo proporre una periodizzazione ed una schematizzazione come tali approssimative, può dirsi che in una prima fase – che coincide sostanzialmente con l'affermazione del modello classico dell'armonizzazione “nel progresso” ex art. 117 (vecchio testo) del Trattato istitutivo – il legislatore italiano ha assunto, in prevalenza, un atteggiamento improntato ad una certa passività, ad una certa indolenza ed inerzia nell'attività di recepimento della normativa sociale comunitaria, con “un adempimento lento, se non addirittura svogliato, rispetto 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” (Sciarra 2002, p. 437). Benché lo stereotipo della cronica incapacità italiana di conformarsi agli obblighi comunitari oscuri il rilievo (in certi passaggi considerevole) del contributo italiano al processo d'integrazione e la stessa complessiva capacità di adattamento del nostro ordinamento agli impulsi di cambiamento provenienti dall'Europa (v. ancora Sciarra 2007), è indubitabile come – almeno in questa prima fase – tale immagine rappresenti con esattezza una realtà di oggettiva difficoltà del legislatore nazionale ad allinearsi agli *standard* di conformazione esibiti dagli altri Stati membri.

In certi casi, peraltro, tale iniziale atteggiamento del legislatore italiano, prevalente fino alla fine degli anni Ottanta, tradiva – come è stato ancora detto (e come peraltro può dirsi anche per altri legislatori europei)⁵ – una sorta di, pur malinteso, “orgoglio nazionale” (sempre Sciarra 2002, p. 437), evidente soprattutto nei casi in cui si riteneva che l'ordinamento interno fosse sostanzialmente pre-conformato (*in melius*) agli *standard* di tutela imposti dalla direttive comunitarie, e quindi non sussistesse un effettivo bisogno di adeguamento del diritto nazionale alle previsioni di armonizzazione di fonte comunitaria.

Questo tipo di atteggiamento si coglie paradigmaticamente nella sofferta e assai lunga vicenda di recepimento delle tre grandi direttive della seconda metà degli anni Settanta sulla crisi d'impresa⁶, vicenda non a caso punteggiata dalle ripetute condanne impartite all'Italia, ancor di recente, dalla Corte di giustizia per difetto di trasposizione delle norme comunitarie (v., anche per gli opportuni riferimenti, Roccella e Treu 2002, pp. 302 ss.). Nell'esempio considerato, il legislatore italiano si è adeguato tardi e sovente – soprattutto nel caso in cui la trasposizione della direttiva andava a toccare nozioni gelosamente custodite dal diritto nazionale (si pensi in particolare a quella codicistica di “azienda”) – lo ha fatto in maniera parziale o incompleta⁷; ed in modo che è comunque apparso spesso insufficiente agli occhi di giudici di Lussemburgo.

Del resto, in questa vicenda, non si è solo manifestata, almeno per certi aspetti, la convinzione che l'ordinamento italiano si assestasse già su soglie di tutela conformi (“per

⁴ Ed è per una ragione probabilmente non dissimile che europeizzazione e rinazionalizzazione si pongono tra di loro come istanze e momenti in costante tensione dialettica, come hanno dimostrato Simitis (1991) e Wedderburn (1998).

⁵ Ad esempio per quello francese: cfr. Lyon-Caen (1991).

⁶ Si allude, evidentemente, alla direttiva sui licenziamenti collettivi, a quella sulla tutela dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese o di loro parti ed infine a quella sulle garanzie del lavoratore in caso di insolvenza del datore di lavoro.

⁷ Il caso della direttiva sul trasferimento d'azienda è, peraltro, ancora più complesso, avendo conosciuto, in tempi più recenti, un inedito (ed inusitato) attivismo del legislatore nazionale. Si accennerà peraltro più avanti al disinvolto atteggiamento assunto da ultimo dal legislatore italiano nella attuazione della Direttiva 2001/23/CE, che ha come noto consolidato le due precedenti direttive del 1977 e del 1998; cfr. comunque, sin d'ora, Novella e Vallauri (2005).

eccesso”) agli *standard* comunitari; è in certi casi emersa anche l’intenzione, più o meno esplicita, di preservare – in qualche caso con apparente successo⁸ – la specificità dell’assetto regolativo nazionale rispetto alle istanze di armonizzazione dettate dalle direttive europee.

3. Il caso della normativa in materia di parità di trattamento e pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori

Questa prima fase conosce peraltro atteggiamenti anche meno indolenti o svogliati del legislatore nazionale. Un caso – di grande importanza – di adeguamento tempestivo, o forse meglio “pro-attivo”, agli indirizzi elaborati anche in sede di normativa sociale europea, in questo periodo è costituito dalla legislazione in tema di parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici.

Benché non recepisca, in senso tecnico e proprio, le due direttive comunitarie del 1975 e del 1976, come dimostra l’*iter* parlamentare (che non fu solo sospinto da “un consenso larghissimo” e, per questo, “eccezionalmente breve”, ma fu anche sostanzialmente privo di riferimenti significativi alle fonti sopranazionali: Ballestrero 1979, p. 223)⁹, la legge 9 dicembre 1977 n. 903 fu, infatti, nella sostanza, legge di impronta autenticamente europea, nel senso che conformò l’ordinamento italiano alle previsioni comunitarie pur senza dare alle stesse esplicita e diretta attuazione. Pur ispirandosi “al clima che già si respirava a livello europeo” (Vallauri 2007, alla nota 54), il percorso della legge n. 903 si snodò, infatti, in parallelo rispetto a quello delle direttive europee¹⁰.

Peraltro, proprio perché non fu, tecnicamente, legge di recepimento delle direttive, ma fu appunto il frutto d’una elaborazione largamente autonoma del legislatore italiano¹¹, per quanto ampiamente (benché non del tutto) convergente con la coeva produzione normativa europea¹², essa non smentiva l’orientamento di fondo del nostro legislatore, e se si vuole quel senso di “orgoglio nazionale” già messo in evidenza.

La legge n. 903 del 1977, seppur con i suoi innegabili limiti tecnici, fu legge senza dubbio di svolta, almeno da un punto di vista astrattamente sistematico, in quanto traghettò

⁸ Si pensi alla disciplina del trasferimento di aziende in crisi, sulla quale v. da ultimo Orlandini (2006).

⁹ Nella relazione che accompagna la presentazione alla Camera dei deputati del disegno di legge governativo “Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro”, Tina Anselmi (allora Ministro del lavoro) evidenzia come le due direttive della CEE abbiano costituito “un ulteriore punto di riferimento” nella redazione del testo (così nella seduta del 21 gennaio 1977). Nel corso del dibattito parlamentare è ancora solo la Anselmi a sottolineare l’introduzione, mediante la legge in corso d’approvazione, delle direttive CEE (Camera dei deputati, seduta del 29 giugno 1977 e Senato della Repubblica, seduta del successivo 13 ottobre). L’*iter* parlamentare si concluse il 2 dicembre 1977 con il voto della Commissione lavoro del Senato in sede deliberante.

¹⁰ Sul punto, da ultimo, seppur in senso parzialmente diverso, Catalucci (2006, p. 318).

¹¹ Non è inutile rammentare che la Commissione europea attivò contro la Repubblica italiana una procedura d’infrazione relativa alla mancata adozione delle disposizioni necessarie per ottemperare alla Direttiva 76/207/CEE e che la Corte di giustizia, con sentenza del 26 ottobre 1983 (causa 163/82), respinse, significativamente, tutte le questioni sollevate, facendo tuttavia riferimento non alla l. 903, bensì all’art. 15 st. lav. e all’art. 700 c.p.c.

¹² Quello relativo alla disciplina del lavoro notturno delle donne è – come noto – il caso, assai controverso, nel quale si è storicamente registrata la maggior divergenza della l. n. 903 del 1977 rispetto alle previsioni della normativa comunitaria (cfr. tra gli altri Sciarra 1995 e Barbera 1999). La vicenda – avviata dalla sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 1991 in causa C-345/89, *Stoeckel* (in *Racc.*, 1991, I, p. 4047), su un’analoga previsione del *Code du travail* francese – ha avuto il suo epilogo, per il nostro ordinamento, con la sentenza 4 dicembre 1997, in causa C-207/96, *Commissione c. Repubblica italiana* (in *Racc.*, 1997, I, p. 6869), con la quale i giudici di Lussemburgo hanno condannato l’Italia per aver mantenuto il divieto di lavoro notturno di cui all’art. 5 della l. 903.

definitivamente l'ordinamento italiano – per evocare il titolo di un noto libro (Ballestrero 1979) – da una logica di tutela ad una di parità. Essa realizzò anzi una prima, e pur molto timida, apertura del sistema ad una più avanzata logica di pari opportunità e di “diritto diseguale” (v. anche Barbera 1991 e, più di recente, Izzi 2005), logica che sarà peraltro trapiantata, nella sua pienezza, nel nostro come in altri ordinamenti nazionali del lavoro, solo più tardi, a partire dagli anni Novanta, anche in tal caso in sostanziale consonanza con gli sviluppi dell'ordinamento comunitario, ma qui, senza dubbio, sotto il più diretto ed immediato influsso delle fonti normative europee e della notevole elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia. In tempi ancor più recenti, l'influsso dell'ordinamento europeo su quello nazionale si è del resto manifestato nella direzione di un ulteriore allargamento, oltre che di un'articolazione e di una innovazione, delle tecniche di tutela antidiscriminatoria (v. ad es. Amato 2005), con uno sviluppo di grande rilievo, le cui potenzialità, teoriche e pratiche, attendono di essere ancora compiutamente esplorate¹³.

Non ci si può tuttavia esimere dall'osservare come, già nel caso della legge n. 903 del 1977 (ma analogo appunto critico può essere senz'altro esteso agli sviluppi più recenti)¹⁴, alla tempestività ed alla sostanziale correttezza dell'adeguamento “spontaneo” e “pro-attivo” del legislatore nazionale – che prima e più che allinearsi agli obblighi comunitari intendeva dare più appropriata ed avanzata attuazione alle nostre previsioni costituzionali – abbia corrisposto, e tuttora corrisponda, come sin troppo noto, un notevole *deficit* di effettività, con uno scarto tra enunciazioni normative astratte e dati offerti dalla refrattaria realtà economica e sociale concreta, che risulta evidente anche solo guardando alla modestia storica del contenzioso giudiziario in materia nel nostro paese, ovvero – dato forse ancor più significativo nella nostra prospettiva – alla assoluta rarità dei rinvii pregiudiziali dei giudici italiani alla Corte di giustizia delle Comunità europee. I quali, in tale campo, hanno fatto un uso misuratissimo dell'art. 177 (l'attuale 234) del Trattato CE, uso che risalta in negativo rispetto all'attivismo viceversa mostrato dai giudici di altri paesi¹⁵.

4. L'innovazione istituzionale della “legge comunitaria” ed i suoi limiti di effettività

Al descritto atteggiamento iniziale – per una parte indolente e talvolta riottoso, per un'altra spontaneamente convergente sulle previsioni europee – si sostituisce, gradualmente, un approccio caratterizzato da una maggior consapevolezza del legislatore italiano circa l'importanza di una più appropriata e regolare recezione della legislazione sociale europea. La maturazione di questa consapevolezza si coglie ormai netta nella approvazione, nel 1989, della cosiddetta legge “La Pergola”, vero punto di

¹³ Va rilevato peraltro che, specialmente sui decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003, che attuano in Italia le due direttive 43 e 78 del 2000 con le quali si è inaugurata la nuova stagione del diritto antidiscriminatorio dell'Unione, la dottrina si è espressa sovente in termini critici: il recepimento delle direttive è stato considerato frettoloso, disattento, non rispettoso degli *standard* comunitari (si vedano ad esempio i contributi raccolti in Fabeni e Toniollo 2005). Si è in particolare rimproverata la mancanza di un coordinamento tra i diversi testi normativi, estremamente frammentati, in evidente controtendenza con gli orientamenti comunitari sul miglioramento della qualità della produzione legislativa (v. la Direttiva 2006/54/CE).

¹⁴ V. da ultimo il d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198, recante il “Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'art. 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246”.

¹⁵ Cfr. soprattutto la ricerca comparata curata da Sciarra (2001).

svolta istituzionale nelle forme e nei modi di conformazione dell'ordinamento nazionale agli obblighi di derivazione comunitaria, anche in materia sociale e del lavoro.

La legge 9 marzo 1989, n. 86 (oggi abrogata e sostituita dalla l. n. 11 del 2005, che ha rivisto in profondità il sistema dalla stessa delineato in particolare per ciò che riguarda la fase ascendente del processo normativo)¹⁶ istituì, come noto, un meccanismo preferenziale e, soprattutto, ad evidente impronta e vocazione sistematica, di recepimento delle direttive europee, in base al quale il Parlamento italiano era (ed è) chiamato ad approvare, con cadenza annuale, una "legge comunitaria" contenente provvedimenti idonei a conformare l'ordinamento nazionale agli obblighi comunitari sorti nell'anno di riferimento. Il meccanismo di adeguamento a detti obblighi – beninteso anche a quelli scaturiti da pronunzie interpretative o di condanna della Corte di giustizia, oltre che dalle direttive – si articola sui metodi della attuazione diretta (realizzata, cioè, dalla stessa legge comunitaria), ovvero – e si tratta delle ipotesi più ricorrenti – della attuazione mediante delega legislativa conferita al governo (e senza escludere, se del caso, il ricorso da parte di quest'ultimo al regolamento).

Con la consapevolezza che si tratta di una semplificazione probabilmente sin troppo schematica, si può dire che non solo la legge La Pergola ha rappresentato il punto di emersione di un atteggiamento di per sé più maturo ed attento del legislatore nazionale di fronte ai vincoli (ed alle opportunità) derivanti dalla partecipazione al processo di integrazione europea, ma che essa ha cambiato in maniera significativa i concreti modi di recepimento delle norme europee, rendendoli più regolari e, per così dire, controllabili negli esiti, pur senza risolvere del tutto i problemi dell'adeguamento italiano al diritto comunitario. Con un cambiamento chiaramente avvertibile anche nel campo del diritto del lavoro¹⁷, potendosi osservare anche per la materia qui in esame un miglioramento nei livelli di trasposizione delle direttive comunitarie specie nei primi anni di attuazione della legge¹⁸.

Non è ovviamente possibile, e non sarebbe neppure utile, proporre in questa sede un'analisi particolareggiata e minuziosa del contenuto lavoristico delle leggi comunitarie succedutesi dal 1989 (la prima è la l. n. 428 del 1990) ad oggi (v. da ultimo la l. n. 29 del 2006, legge comunitaria per il 2005). Ma dall'elenco, assai lungo, dei provvedimenti che si sono succeduti in questi anni, balza subito agli occhi il dato della significativa accelerazione impressa dal meccanismo creato dalla legge La Pergola al processo di adeguamento formale del nostro ordinamento alle direttive comunitarie anche in materia di diritto del lavoro.

Particolarmente significativo – tra i molti che si potrebbero fare – appare l'esempio relativo al recepimento della vasta normativa comunitaria in materia di tutela della sicurezza e della salute nell'ambiente di lavoro (v. ad es. Caruso 1995), normativa che occupa un posto centrale di ciò che chiamiamo "integrazione positiva" e che, da una

¹⁶ La riforma del 2005 (per la cui analisi v. Contaldi 2005) ha tra l'altro adeguato il sistema delineato dalla legge La Pergola alle nuove competenze legislative regionali.

¹⁷ Con riferimento alla materia lavoristica va altresì ricordato quanto successivamente previsto dal Patto di Natale del 1998, che individua nella concertazione (anche) il metodo per la trasposizione delle direttive "in relazione alle quali le parti sociali hanno rilevanti responsabilità per espressa previsione dell'Accordo sulla politica sociale". Dopo la legge La Pergola e l'ampio ricorso allo strumento della delega legislativa, il recepimento del diritto comunitario diviene, in effetti, un compito principalmente governativo: non è dunque trascurabile che nell'*iter* di approvazione dei decreti attuativi siano o meno consultate (o, in senso più pregnante, "coinvolte") le parti sociali. Cfr. Ghera (2000) e Giugni (2003, spec. p. 90 ss).

¹⁸ Lo nota Sciarra (2007, p. 9) del dattiloscritto, la quale sottolinea come, per effetto della legge La Pergola, "Italy has improved its standard in a diachronic perspective, at least with regard to the transposition of directives in the late Eighties and early Nineties".

prospettiva più propriamente giuridica, concorre a costituire il nucleo duro dell'*ordre public social* comunitario (Sciarra 2006). Per la qualità e la (relativa) tempestività garantite all'adeguamento dell'ordinamento giuridico nazionale a questo importantissimo filone di disciplina comunitaria, i provvedimenti emanati sulla base del congegno istituzionale introdotto dalla l. n. 86 del 1989 (si pensi solo al d. lgs. n. 626 del 1994) rendono bene il senso del cambiamento maturato nel complessivo atteggiamento del legislatore italiano di fronte all'Europa.

Questo, naturalmente, non significa che la legge La Pergola abbia come d'incanto risolto ogni problema di recezione della normativa (sociale) europea da parte del legislatore italiano, rimuovendo di colpo gli storici (e cronici) ritardi maturati dal nostro ordinamento e facendo improvvisamente di quello italiano un modello di virtù europeistica concreta, effettiva, cioè, e non solo retorica (v. la serrata analisi critica offerta da Giuliani 2006b e 2006c). Il legislatore ha significativamente ridotto, nell'insieme, ma certamente non eliminato ritardi e disfunzioni nel processo di adeguamento agli obblighi comunitari, portandosi su livelli di *performance* che risultano ancora al di sotto della media europea e certamente lontani da quelli dei paesi più virtuosi.

D'altra parte, come è stato notato sempre in termini generali, "se il recepimento tramite legge comunitaria ha posto un "rammendo" al macroscopico problema dei ritardi, esso ha tuttavia aperto altre problematiche sfilacciate nel modo in cui il nostro sistema politico si adegua alla normativa comunitaria" (Giuliani 2006b, p. 16). Al di là d'una crescente difficoltà nella puntuale attuazione delle deleghe conferite dalla legge comunitaria¹⁹, si registra una certa tendenza all'oggettivo peggioramento della qualità del recepimento, nella misura in cui – anche quando non sia guidato da intenti "opportunistic", come pure è avvenuto in anni più recenti proprio nella nostra materia²⁰ – il legislatore delegato resta sovente intrappolato dentro "un atteggiamento formalistico e burocratico rispetto ai contenuti, che riduce ulteriormente l'adeguatezza del recepimento alla realtà socio-economica in cui s'inserisce, aumentandone indirettamente i costi" (ancora Giuliani 2006b, p. 18).

5. Tendenze recenti nel recepimento della normativa sociale europea nell'ordinamento italiano: gli esempi del *part-time* e del lavoro a termine

Sarebbe peraltro riduttivo imputare alla innovazione istituzionale, pure (inizialmente) rappresentata dalla legge La Pergola, tutti i meriti, ed i conseguenti rilevati limiti, del rinnovato atteggiamento del legislatore italiano. Esiste, invero, almeno un altro fattore in grado di spiegare la maggior attenzione ed il maggior dinamismo, se si vuole la più accentuata sensibilità, complessivamente mostrati dal legislatore nazionale a partire dalla fine degli anni Ottanta nel processo di adeguamento all'ordinamento comunitario, specie se si guarda più da vicino alla normativa sociale europea. E si tratta di un fattore che ha a che fare con cambiamenti forse più profondi di quella che potremmo chiamare la "dinamica di europeizzazione" dei diritti del lavoro nazionali e che riguardano più direttamente e specificamente la nostra materia.

¹⁹ Al punto che, secondo Giuliani (2006c, p. 19), lo stesso meccanismo introdotto dalla legge La Pergola – non a caso rivisto (ma ad oggi con scarsa efficacia) dalla riforma del 2005 – avrebbe "piano piano contribuito alla routinizzazione delle situazioni di mora rispetto all'*acquis communautaire*".

²⁰ V. *infra* § 6 per l'esempio, già accennato, del recepimento della direttiva di refusione in tema di trasferimento d'azienda.

Si intende qui alludere al già evocato “cambiamento di paradigma” della politica sociale europea negli anni Novanta. Tale profondo mutamento degli indirizzi sostanziali, e prima ancora delle forme giuridiche, in cui si svolge la politica sociale europea, sembra avere inciso significativamente, infatti, sugli stessi modi in cui gli ordinamenti nazionali – e senza dubbio anche il legislatore italiano – tendono oggi a reagire agli impulsi e, quindi, a recepire gli indirizzi maturati al livello europeo.

Due esempi più di altri consentono forse di cogliere il senso di questo mutamento nella prospettiva ora considerata con riferimento al nostro sistema. Il modo in cui il legislatore italiano ha recepito le due importanti direttive del 1997 e del 1999, rispettivamente sul lavoro a tempo parziale e su quello a tempo determinato, rappresenta, invero, un *case study* di estremo interesse nella prospettiva appena indicata. Le due direttive offrono, infatti, un esempio particolarmente chiaro ed evidente di questa fase nuova, di questo nuovo modello di politica sociale europea e dei suoi riflessi sulle forme di adeguamento dei legislatori nazionali agli *standard* – flessibili ed aperti – posti dalle fonti sociali europee dell'ultima generazione.

Le due direttive – nel recepire il contenuto degli accordi quadro raggiunti dalle parti sociali europee – si caratterizzano, diremmo paradigmaticamente, per l'abbandono di un approccio regolativo basato sulla armonizzazione rigida e di dettaglio delle legislazioni del lavoro nazionali (Scarponi 1999), e per la scelta di una normazione centrata piuttosto sulla enunciazione di principi di tutela di carattere generale, in parte di valore puramente programmatico (Giubboni e Sciarra 2000), anche se certo non del tutto privi di effetti precettivi immediatamente vincolanti²¹.

Lo stesso principio di non discriminazione tra prestatori di lavoro con contratto *part-time* o a termine e lavoratori (“comparabili”) con rapporto a tempo pieno o indeterminato – che è il principio cardine sul quale si incentrano le tutele previste dalle direttive in favore dei rapporti di lavoro *non-standard* – è dalle stesse enunciato in termini volutamente aperti ad applicazioni graduate, differenziate, modulate sulle specificità degli ordinamenti nazionali. È in particolare lo sfuggente requisito della comparabilità con posizioni lavorative *standard* non sempre facilmente rintracciabili, a rendere il principio di incerta applicazione ed efficacia, come dimostrano talune recenti pronunce della Corte di giustizia²².

Si potrebbe dire che nelle direttive – che riprendono espressamente nei loro “considerando” alcune linee guida della politica europea dell'occupazione (in particolare quella della “adattabilità”, già autonomo pilastro nella prima stagione della SEO) –

²¹ La Corte di giustizia è stata per esempio pronta a riconoscere diretta efficacia alla clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva sul lavoro a termine, statuendo che la discrezionalità rilasciata da questa agli Stati membri quanto alle misure da adottare nel cruciale terreno della prevenzione (e della sanzione) degli abusi derivanti dall'utilizzo in successione dei contratti a tempo determinato, “non esclude la natura vincolante delle prescrizioni contenute nella Direttiva” (Sciarra 2006, p. 20). L'occasione di una simile affermazione è venuta proprio da due rinvii pregiudiziali del Tribunale di Genova, aventi ad oggetto la conformità (o meno) alla direttiva della norma dell'ordinamento interno (l'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001) che esclude, per le pubbliche amministrazioni, che la violazione delle disposizioni imperative sull'assunzione o l'impiego dei lavoratori con contratti a termine possa comportare la costituzione di rapporti a tempo indeterminato. La rilevata efficacia vincolante della clausola 5 dell'accordo non ha peraltro impedito alla Corte di concludere che una siffatta disposizione nazionale non si pone, in quanto tale ed in linea di principio, in contrasto con la direttiva, purché lo Stato membro, in alternativa alla trasformazione del contratto a termine illegittimamente costituito o reiterato in rapporto a tempo indeterminato, preveda, anche per il settore pubblico, un'altra misura effettiva, idonea a evitare e, se del caso, a sanzionare forme di utilizzo abusivo della tipologia contrattuale. Cfr. Corte di giustizia, sentenze del 7 settembre 2006 rispettivamente in causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, e C-180/04, *Vassallo*.

²² Si veda soprattutto la sentenza resa in causa C-313/02, *Wippel*, in *Racc.*, 2004, I, p. 9483 ss., sulla quale cfr. il commento critico di Militello (2005).

confluiscono, giustapponendosi, i due diversi formanti della politica sociale europea evocati in apertura: quello legislativo (che offre innanzitutto l'involucro, il contenitore formale della misura sopranazionale) e quello post-regolativo (evidente nella curvatura politica compromissoria del contenuto delle clausole dei due accordi), che di lì a poco avrebbe trovato nel metodo aperto di coordinamento la sua forma di sublimazione generale. Le direttive mettono così insieme linguaggi oggettivamente diversi – anche se forse non inconciliabili, come pure sostenuto da taluni (v. Lo Faro e Andronico 2005) –, quali sono appunto quello dei diritti fondamentali (*in primis* a non essere discriminati) e quello della politica dell'occupazione, aprendo, per ciò stesso, ai legislatori nazionali percorsi di recepimento estremamente differenziati, in programmatica aderenza al principio di sussidiarietà.

L'entrata in scena della strategia europea dell'occupazione e del metodo aperto di coordinamento, unitamente all'affermarsi d'uno stile regolativo prevalentemente leggero e procedurale nelle direttive di nuova generazione, costringono a pensare l'armonizzazione (minima) – come aveva avvertito Massimo d'Antona (1994), con la lucidità e la capacità predittiva che gli erano proprie, già all'inizio degli anni Novanta – più come processo di differenziazione, pur ancorato a principi ed obiettivi comuni, che di ravvicinamento delle legislazioni del lavoro degli Stati membri. Le direttive sul *part-time* e sul lavoro a tempo determinato sono testi normativi strutturalmente aperti a un'ampia varietà di scelte implementative nazionali, salvo il rispetto di un nucleo minimo di principi di tutela.

L'osservazione comparata delle scelte effettuate dei legislatori nazionali nel recepire le direttive (v. soprattutto Sciarra, Davies, Freedland 2004; Garilli e Napoli 2003) dimostra in maniera inequivocabile la diversità – anche radicale – delle opzioni di politica del diritto rese possibili dalla fonte comunitaria, specie se questa viene letta insieme agli orientamenti per l'occupazione, i quali concorrono ad amplificare (ed a legittimare) la già vasta sfera di libertà rilasciata dalla fonte legislativa sopranazionale agli Stati membri. Il confronto tra i modi in cui Francia ed Italia si sono "adeguate" alla direttiva n. 70 del 1999 sul lavoro a termine è in tal senso illuminante di quel concetto, se si vuole un poco paradossale, della "armonizzazione come differenziazione": i due ordinamenti – prima accomunati dall'utilizzo d'una tecnica regolativa delle causali d'accesso al rapporto a tempo determinato d'impronta restrittiva (basata, in buona sostanza, sulla tipizzazione chiusa delle fattispecie, salva l'apertura alla flessibilizzazione per via contrattuale collettiva o regolamentare e amministrativa) – hanno ora assetti di disciplina molto diversi, avendo il legislatore italiano optato, col d. lgs. n. 368 del 2001, per la previsione d'una "clausola generale" (quale quella delle "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo", di cui all'art. 1).

Né sorprende, del resto, che lo stesso legislatore nazionale possa dare attuazione alla stessa direttiva compiendo, a breve distanza di tempo, scelte di politica del diritto tra di loro molto diverse quando non contrapposte. È quanto accaduto in Italia con la recezione della direttiva n. 97/81 sul *part-time*.

Se si legge il d. lgs. n. 61 del 2000 nella sua primitiva formulazione, non si fa, infatti, fatica a scorgere – specialmente in tema di disciplina dei profili forse più qualificanti dell'istituto, ovvero delle forme d'impiego del *part-time* oggi dette "flessibili" ed "elastiche"²³ – una diversità radicale di impostazione rispetto a quella seguita dal legislatore con la novellazione di cui all'art. 46 del d. lgs. n. 276 del 2003, in coerenza con

²³ Vale a dire delle forme nelle quali è attribuito al datore di lavoro il potere di variare la distribuzione ovvero la estensione temporale della prestazione lavorativa.

gli intendimenti “demolitori” enunciati, e poi pienamente rispettati, sul punto, dal *Libro bianco sul mercato del lavoro* del 2001. Non è questa ovviamente la sede per un’analisi tecnica delle disposizioni del decreto, prima e dopo la modifica del 2003: qui può solo osservarsi, in estrema sintesi, che tra la primitiva e la nuova versione passa una filosofia regolativa assai diversa, ed in particolare un assai diverso modo di intendere i rapporti tra legge, contratto collettivo ed autonomia individuale. Il decreto, nella versione modificata dal legislatore delegato di centro-destra, dà, infatti, uno spazio decisamente maggiore alla autonomia delle parti del rapporto individuale di lavoro (a tempo parziale), restringendo il rilievo delle scelte collettive soprattutto in tema di clausole elastiche e flessibili (v. solo Del Punta 2004 e Voza 2006).

6. Il formante “soft” del coordinamento delle politiche occupazionali e sociali

I due esempi del *part-time* e del lavoro a termine (ma spunti convergenti potrebbero venire dall’analisi di un’altra importante direttiva, quale quella sull’orario di lavoro: v. Carabelli e Leccese 2006a) paiono dimostrare come il legislatore nazionale abbia assunto, di fronte alle direttive di nuova generazione, un atteggiamento assai più consapevole delle opportunità offerte dal diritto comunitario come occasione di riforma – di “modernizzazione”, per usare un’espressione ormai corrente e forse un po’ abusata²⁴ – del mercato del lavoro. Un atteggiamento caratterizzato da un attivismo e da un dinamismo inedito rispetto al passato e non scevro, talvolta, dal rischio di usi strumentali e opportunistici (o addirittura “maliziosi”, come è stato detto della riscrittura dell’art. 2112 c.c.)²⁵ della norma comunitaria; ma appunto consapevole degli spazi e delle opportunità dischiusi dal processo – aperto e flessibile – di integrazione europea.

La maturazione di tale nuovo atteggiamento del legislatore del lavoro nazionale deve molto – come si accennava – all’affermarsi di quel metodo pluralistico e discorsivo di integrazione *via soft law* rappresentato dall’*open method of co-ordination* (OMC). L’espansione di questo nuovo metodo (e “formante”) di integrazione ad aree sempre più vaste ed importanti della politica sociale (si pensi alla materia della inclusione sociale, delle pensioni, dei sistemi sanitari, della immigrazione, tutte toccate, sia pure in misura diseguale e in certi casi ancora solo “virtuale” dall’OMC) rende immediatamente avvertiti di quanto lo stesso possa incidere, in prospettiva, sulle scelte del legislatore nazionale (v. da ultimo la ricerca curata da Barbera 2006).

²⁴ V. più di recente il *Libro verde* della Commissione europea, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM (2006) 708 definitivo, del 22 novembre 2006.

²⁵ Così Novella e Vallauri (2005, p. 199), che nella rimozione, ad opera del d. lgs. n. 276 del 2003, di taluni dei vincoli imposti dal legislatore nazionale col d. lgs. n. 18 del 2001, intervenuto sullo stesso art. 2112 c.c., intravedono giustamente il percorso di riforma e di asserita modernizzazione di “un legislatore malizioso, intenzionato ad utilizzare il pretesto dell’attuazione della direttiva 2001/23/CE, formalmente non recepita nel nostro ordinamento”, per perseguire scopi di politica del diritto (essenzialmente la promozione dei processi di esternalizzazione e di segmentazione delle aziende) che risultano in realtà in contrasto con la *ratio* garantistica della normativa europea. Ma il recente legislatore ha probabilmente sottovalutato i vincoli derivanti in materia dal diritto comunitario, tanto che il dialogo “indiretto” intrattenuto dai giudizi italiani con la (giurisprudenza della) Corte di giustizia sembra, ad oggi, aver sostanzialmente “neutralizzato” gli effetti potenzialmente scaturenti dalla riscrittura dell’art. 2112 c.c. ad opera dell’art. 32 del d. lgs. n. 276 del 2003; cfr. in particolare T. Milano 8 luglio 2005 e le sentenze della Cass. nn. 8017 e 22125 del 2006.

L'influenza crescente di tale metodo di integrazione apre scenari nuovi agli ordinamenti degli Stati membri²⁶: l'uropeizzazione "aperta" – che guarda a macro-obiettivi comuni stando attenta a preservare l'autonomia e la specificità dei percorsi nazionali – si declina, infatti, sempre di più in termini di differenziazione, con tutti i rischi che ne conseguono. Rischi dei quali mostra consapevolezza lo stesso legislatore europeo laddove sente il bisogno di inserire, in pressoché tutte le direttive dell'ultima generazione, le cosiddette, assai discusse, "clausole di non regresso" (v. soprattutto Carabelli e Leccese 2006b).

Non è qui possibile neanche accennare alla più recente evoluzione dell'OMC, evoluzione caratterizzata – per ciò che più rileva in questa sede – da un profondo sforzo di razionalizzazione/semplificazione degli orientamenti in tema di politiche occupazionali e sociali (v. da ultimo, anche per riferimenti, Sacchi 2007), che risultano ora sincronizzati, o meglio sostanzialmente accorpati, con quelli sulle politiche economiche degli Stati membri. Qui preme solo osservare che, se in un'Europa ormai a Ventisette si vorrà evitare che sotto l'ombrello assai ampio dell'OMC possano transitare (e trovare legittimazione) fenomeni di "ri-nazionalizzazione competitiva" (deregolativa) del diritto del lavoro, è necessario che tale forma d'integrazione si ancori, pur restando aperta e flessibile, e pro-attivamente piegata a rispondere alle diversissime esigenze socioeconomiche degli Stati membri, ad un forte catalogo di diritti sociali fondamentali, costituzionalmente protetti e legislativamente articolati nel loro nucleo protettivo minimo al livello comunitario (cfr., più di recente, per tutti, Veneziani 2006).

Ma è proprio questo il lato forse più debole dell'attuale dibattito politico europeo, specie se – come sembra – ci si avvia ad una riscrittura "leggera" del Trattato di revisione, preso sostanzialmente atto del fallimento del Trattato costituzionale. Ed è, non a caso, proprio l'assenza di riferimenti alla Carta di Nizza, e quindi all'ancoraggio a quella dimensione "imperativa" della normativa europea volta a dar necessaria concretezza al discorso sui diritti sociali fondamentali (Sciarra 2006), a rendere discutibile e criticabile il recente e già evocato *Libro verde* della Commissione europea sulla modernizzazione del diritto del lavoro degli Stati membri dell'Unione²⁷. Il documento – che pure si lascia apprezzare per talune proposte volte ad un ridisegno in senso maggiormente inclusivo dei confini (quantomeno del nucleo minimo) dello statuto protettivo offerto dal diritto del lavoro²⁸ – pecca per la sottovalutazione di tale fondamentale dimensione propriamente normativa del "modello sociale europeo", proprio mentre prospetta elementi di ulteriore razionalizzazione del coordinamento aperto delle politiche occupazionali e sociali²⁹.

²⁶ Per un'interessante analisi dei diversi gradi di "successo" nell'indirizzare politicamente, e dunque nell'implementare effettivamente, l'OMC in Italia in materia di politiche del lavoro e di protezione sociale, cfr. Sacchi (2007).

²⁷ V. *supra* alla nota 24.

²⁸ Si allude alla chiara apertura, contenuta nel *Libro verde* (alle pp. 13-14), alla opportunità di valutare l'introduzione di un "nucleo di diritti relativo alle condizioni di lavoro di tutti i lavoratori, indipendentemente dalla forma del contratto di lavoro", in modo da costruire un *floor of rights* di matrice europea comune, in particolare, ai lavoratori economicamente dipendenti ed a quelli in senso proprio (giuridicamente) subordinati. Altro e connesso motivo d'interesse del documento (v. le pp. 15-16), risiede nella sottolineatura dell'esigenza di addivenire ad una definizione comune di "lavoratore subordinato" ai fini dell'applicazione (e della piena esplicazione del contenuto garantistico) delle direttive sul trasferimento di impresa e sul distacco nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi. In effetti, sembra difficile immaginare la definizione, in un'ipotetica direttiva quadro europea, d'una comune nozione di lavoratore economicamente dipendente senza (prima) affrontare il tema della individuazione di una pure comune base definitoria del concetto di subordinazione. Cfr. Ghera (2006) e – se vuoi – Giubboni (2007b).

²⁹ Si veda ora la bozza (del giugno 2007) di nuova comunicazione della Commissione, *Towards common principles of flexicurity: more and better jobs through flexibility and security*.

7. Il formante giudiziale: *ordre public social* europeo e dialogo tra le corti

Il discorso sui diritti fondamentali evoca immediatamente l'ultimo dei "formanti" di europeizzazione del diritto del lavoro nazionali richiamati in apertura. Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee nella costruzione dell'ordinamento comunitario e, per quello che più interessa in questa sede, nella europeizzazione dei diritti del lavoro nazionali, appare, sotto ogni prospettiva d'indagine e soprattutto in un'ottica di ricostruzione storica delle vicende del processo d'integrazione, semplicemente determinante. L'ordinamento comunitario in generale, ed il diritto sociale europeo in particolare, non avrebbero il volto che hanno oggi senza quella formidabile opera di "integrazione attraverso il diritto" (che è innanzitutto opera di costituzionalizzazione dell'ordine giuridico europeo) svolta dai giudici di Lussemburgo nel "dialogo" ormai quasi cinquantennale con le corti nazionali all'ombra dell'art. 177 (oggi 234) del Trattato istitutivo (v. *ex multis* Roccella 1997; Lo Faro 1998; Sciarra 2001; Foglia 2002; Bronzini e Piccone 2007).

Nella sua straordinaria complessità, neppure il ruolo svolto dalla giurisprudenza comunitaria può, peraltro, e come evidente, essere racchiuso dentro formule riassuntive unitarie.

Una dimensione certamente centrale dell'opera integrativa della Corte di giustizia passa proprio attraverso la enucleazione e la protezione di taluni diritti sociali fondamentali, a partire da quello alla parità di trattamento ed alle pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici *ex art.* 119 (ora 141) del Trattato istitutivo. È senza dubbio anche grazie al costante impulso della Corte di giustizia che si è potuto affermare che "*l'ordre public* europeo non è meno significativo di quello nazionale nel segnare soglie di tutela basate su norme imperative" (Sciarra 2006, p. 48) e, appunto, sul rispetto di taluni diritti fondamentali dei lavoratori (di estremo interesse appare in tal senso, per limarsi ad esempi tratti dalla evoluzione più recente, la giurisprudenza degli ultimi anni sul diritto alle ferie retribuite ed alla tutela della salute, ampiamente intesa, nell'ambiente di lavoro). Un terreno di precoce affermazione dei diritti sociali dei lavoratori (e più tardi dei cittadini) europei – terreno che appare ancora fertilissimo e ricchissimo di suggestioni innovative nella giurisprudenza della Corte di giustizia (v. Giubboni e Orlandini 2007a) – è, su altro versante, quello che interseca la vasta area di incidenza delle libertà fondamentali del mercato comune. È noto in particolare l'approccio fortemente integrazionista che ha costantemente guidato la giurisprudenza della Corte in materia di diritti dei lavoratori migranti, sia sul piano della parità di trattamento nel rapporto di lavoro che su quello dell'accesso alla sicurezza sociale. Si tratta d'una vicenda di grande interesse, teorico e pratico, anche per il costante intreccio tra impulsi giurisprudenziali e innovazioni legislative.

8. Mercato e diritti sociali

Può essere poi enucleato un ulteriore e non meno importante filone di giurisprudenza comunitaria, che pure si riconnette, ma da un altro punto di vista, alla vicenda interpretativa delle libertà economiche fondamentali del mercato comune. Ed è ad esso che conviene dedicare le battute conclusive di questo contributo, visto che, a partire dagli anni Novanta, questo filone ha rivelato, e continuerà con ogni probabilità a rivelare, una

capacità di incidenza sull'ordinamento nazionale del lavoro del tutto inedita ed imprevedibile rispetto alle premesse poste dai Trattati istitutivi.

Si allude, all'evidenza, a quel vasto corpo di giurisprudenza comunitaria con la quale istituti protettivi tra i più tipici, almeno storicamente, e se si vuole tra i più centrali degli ordinamenti del lavoro nazionali nella loro configurazione classica, sono stati sottoposti – con alterni esiti e vicende – al vaglio severo del diritto comunitario della concorrenza ovvero al *test* di compatibilità con l'esercizio delle libertà economiche di circolazione (in particolare delle merci e dei servizi) nel mercato interno (cfr. Giubboni 2006). Sviluppo, questo, largamente erratico rispetto alla originaria impostazione accolta dai Trattati istitutivi (v. G. Lyon-Caen 1992), ma ormai da circa un ventennio prepotentemente radicato negli assetti fondanti dell'ordine giuridico del mercato europeo.

L'incidenza sull'ordinamento nazionale di questa giurisprudenza è stata forte, soprattutto in talune aree. Si pensi solo a quella che ha investito la disciplina del collocamento, retta sull'asfissiante e largamente inefficace principio vincolistico del monopolio pubblico sino alla metà degli anni Novanta, ed infine riformata – ed autenticamente “modernizzata” – dal legislatore italiano (v. solo Treu 2001; Ferrera e Gualmini 1999), a partire dal d. lgs. n. 469 del 1997, sotto l'impulso decisivo, e qui senza dubbio salutare, della giurisprudenza della Corte di giustizia (è famosa, e non ha bisogno di essere ricordata, la sentenza *Job Centre II*, che è appunto del 1997).

Meno incisiva è invece risultata la vicenda giurisprudenziale che anche in Italia – ed anche in tal caso grazie ad un accorto uso strategico dello strumento del rinvio pregiudiziale – ha riguardato la materia dei monopoli riconosciuti dal nostro come dalla maggior parte degli ordinamenti europei agli enti pubblici di previdenza sociale. La Corte – che con riguardo all'Italia ha scrutinato la questione della legittimità comunitaria del monopolio attribuito all'INAIL (v. Giubboni 2005) – ha infatti mostrato a questo riguardo un atteggiamento di maggior prudenza, assai attento a preservare le prerogative riconosciute dal Trattato agli Stati membri in questa centrale sfera di esercizio della loro “sovranità sociale” (Ferrera 2005).

In tempi più recenti sono i vincoli derivanti dal diritto del mercato interno *stricto sensu* – in particolare *sub specie* di divieto di porre ostacoli (non giustificati e proporzionati) alla libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi nel mercato comune – a insinuare un nuovo e forse ancor più incisivo fronte di corrosione degli spazi applicativi degli istituti protettivi del lavoro subordinato.

Gli esempi potrebbero essere anche in tal caso numerosi, pure con riguardo all'ordinamento del lavoro italiano³⁰. Se ne dà qui soltanto uno, tra i più recenti, che – pur riferito all'ordinamento francese – è in grado di restituire assai bene il significato e le direzioni, inedite, del possibile impatto della giurisprudenza sull'art. 49 del Trattato sui sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale. Nella causa *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*³¹ era in discussione una speciale misura protettiva stabilita dal legislatore nazionale – attraverso l'uso della presunzione (relativa) di subordinazione – incidendo per l'appunto sulla qualificazione del rapporto degli artisti occupati in Francia.

³⁰ Si pensi, tra quelli più recenti e più discussi, alla sentenza della Corte di giustizia in causa C-460/02, *Commissione c. Repubblica italiana*, nella quale i giudici di Lussemburgo hanno giudicato in contrasto con la Direttiva 96/67/CE sulla liberalizzazione dell'accesso al mercato dei servizi di assistenza negli scali degli aeroporti della Comunità la misura di protezione sociale (volta al mantenimento della continuità dei rapporti di lavoro e dei livelli occupazionali in caso di successione nell'appalto) stabilita dal legislatore nazionale con l'art. 14 del d. lgs. n. 18 del 1999. Sulla vicenda, in senso fortemente critico, v. tra gli altri Ballestrero (2007, pp. 19-20).

³¹ Causa C-255/04, decisa con sentenza del 15 giugno 2006.

La procedura di infrazione avviata dalla Commissione assumeva come presupposto che detta misura, per quanto volta a rafforzare lo statuto protettivo riservato ai lavoratori del settore in rilievo, e quindi rivolta a tutelare un interesse pubblico di per sé legittimo quale quello della protezione sociale dei prestatori di lavoro (subordinato), si ponesse in contrasto con l'art. 49 del Trattato, costituendo un ostacolo, sproporzionato, alla libera prestazione dei corrispondenti servizi professionali in Francia. La Corte ha ritenuto fondata la censura rivolta alla Repubblica francese dalla Commissione, statuendo che la suddetta presunzione – per quanto relativa³² – rappresenti un ostacolo tale da dissuadere gli artisti dal fornire i propri servizi nel paese e gli organizzatori di spettacoli ivi stabiliti dall'ingaggiarli. La Francia avrebbe potuto e dovuto, in omaggio al principio di proporzionalità, fare ricorso a misure meno costringenti: sarebbe stato ad esempio "sufficiente introdurre un regime di controllo *a posteriori* presidiato da sanzioni dissuasive per evitare ed identificare casi specifici di ricorso a falsi *status* di dilettante o di volontario al fine di lottare in modo efficace contro l'attività lavorativa dissimulata"³³.

Si tratta di un esempio illuminante della capacità pervasiva o forse meglio invasiva dei principi sulla libera prestazione dei servizi nel mercato comune, che qui arrivano in effetti a lambire una delle sfere più interne del diritto del lavoro nazionale, quale quella costituita da operazioni normative sulla qualificazione del tipo contrattuale in funzione di tutela del lavoratore subordinato. E si tratta di un esempio che – visto con le lenti del giurista italiano – rivela la sostanziale diversità di approcci interpretativi della Corte di giustizia e della nostra giurisprudenza costituzionale, la quale, nelle note vicende nelle quali è stata sollecitata ad affermare il principio della indisponibilità del tipo contrattuale "lavoro subordinato"³⁴, è stata sempre mossa dall'esigenza di assicurare piena effettività alla disciplina inderogabile ad esso costituzionalmente ricollegata (il punto è ben sottolineato da Avondola 2007, p. 246). Mentre è evidente il capovolgimento di prospettiva cui è indotta la Corte di giustizia in applicazione dell'art. 49 del Trattato.

9. Conclusioni

Quello del confronto con le regole del mercato integrato, in vista della individuazione di opportuni criteri di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, è, dunque, come mostrano i casi citati, uno dei terreni più rilevanti, e certamente più interessanti sul piano teorico (v. Tosi e Lunardon 2005, p. 14), della europeizzazione per via giurisprudenziale dei diritti del lavoro nazionali. Basti ancora richiamare il tema – oggi centralissimo – della previdenza complementare, ancora in rapporto al diritto comunitario della concorrenza e del mercato, per fare un esempio di notevole rilievo, attuale e forse soprattutto prospettico, per l'ordinamento italiano (cfr. Cinelli e Giubboni 2007); od evocare il possibile impatto della celebre e assai controversa Direttiva 2006/123/CE (ormai impropriamente nota, anche al largo pubblico, come "Bolkestein") sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno, ma prima ancora – come si è appena osservato – delle norme e dei principi direttamente fissati dal Trattato (v. Giubboni e Orlandini 2007b). E ciò per ribadire quanto fluido ed instabile sia l'equilibrio tra le istanze di garanzia delle

³² E, secondo quanto sostenuto dal governo francese durante il giudizio, superabile con la semplice produzione, da parte dell'artista, del "modulo 101", giusta le previsioni di cui agli artt. 14 e 14bis del Regolamento n. 1408/71.

³³ Par. 53 della sentenza in esame.

³⁴ Cfr. C. Cost. 29 marzo 1993, n. 121, FI, 1993, I, c. 2432; C. Cost. 31 marzo 1994, n. 115, ivi, 1994, I, c. 2656, sulle quali v. D'Antona (1995).

libertà economiche transnazionali e quelle, riaffermate con forza dai diritti del lavoro nazionali, di tutela del lavoratore subordinato quale contraente debole.

Si tratta certo di un terreno scivoloso, di europeizzazione "asimmetrica", per così dire, dei diritti del lavoro nazionali. Ovvero di europeizzazione che, ove non adeguatamente bilanciata sul piano della riaffermazione di forti valori sociali, contiene il sé il rischio di consegnare al diritto del mercato e della produzione vaste aree del diritto del lavoro nazionale. Ed il sistema comunitario – ora che risulta pressoché acquisto il fallimento del Trattato costituzionale e ci sia avvia, con ogni probabilità, verso una costituzionalizzazione decisamente (più) "debole" della Carta di Nizza – appare ancor oggi significativamente sbilanciato "nella direzione delle ragioni dell'economia e del mercato" (Ballestrero 2007, p. 28).

Si tratta però di un rischio che va corso sforzandosi – pur nella consapevolezza di tale persistente asimmetria – di cercare un equilibrio, in un'ottica di ragionevole bilanciamento degli interessi, tra istanze che si confrontano in una logica che non è necessariamente di contrapposizione e di reciproca esclusione. E sta a ben guardare in ciò il senso più profondo della europeizzazione dei diritti del lavoro nazionali: nella capacità di rinnovare la missione protettiva che fonda il diritto del lavoro in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, seppure sulla base di tradizioni costituzionali e di opzioni politiche inevitabilmente diverse (ed oggi ancor più differenziate in conseguenza dell'allargamento), con le istanze di necessaria apertura, prima e più ancora che al mercato, a quella più vasta *polity* comune in divenire, che è l'Unione europea.

Riferimenti bibliografici

Amato, F. (2005), "Il divieto di discriminazioni per motivi non di genere in materia di lavoro", *RIDL*, I, p. 271 ss.

Avendola, A. (2007), "L'indisponibilità del tipo contrattuale in sede legislativa nella nostra giurisprudenza costituzionale e in quella comunitaria", *RIDL*, II, p. 242 ss.

Ballestrero, M. V. (1979), *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna: Il Mulino.

Ballestrero, M. V. (2007), *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-55/2007.

Barbera, M. (1991), *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè.

Barbera M. (1999), "Tutto a posto, niente in ordine. Il caso del lavoro notturno delle donne", *RIDL*, I, p. 301 ss.

Barbera M. (2006, a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano: Giuffrè.

Bronzini, G. e Piccone, V. (2007, a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto: Chimienti Editore.

Carabelli, U. e Leccese, V. (2006a), *Il sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: alcune riflessioni ispirate alla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in D. Garofalo, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari: Cacucci, p. 193 ss.

Carabelli, U. e Leccese, V. (2006b), *I dilemmi interpretativi posti dalle clausole di favor e di non regresso delle direttive sociali: parificazione nel progresso versus corsa al ribasso delle tutele?*, in D. Garofano e M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari: Cacucci, p. 95 ss.

Caruso, B. (1995), *Salute e sicurezza negli ambienti di lavoro – Introduzione*, in B. Caruso, M. D'Antona e S. Sciarra (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea. Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*, vol. I, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 161 ss.

Catalucci, C. (2006), "Direttive europee, clausola di non regresso e modelli di recepimento", *RGL*, I, p. 309 ss.

Cinelli, M. e Giubboni, S. (2007), *Mercato e solidarietà nella previdenza complementare riformata*, in corso di pubblicazione in S. Sciarra (a cura di), *Solidarietà e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna: Il Mulino.

Contaldi, G. (2005), "La disciplina della partecipazione italiana ai processi normativi comunitari alla luce della riforma della legge La Pergola", *DUE*, p. 515 ss.

D'Antona, M. (1994), "Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea", *RTDPC*, p. 695 ss.

D'Antona, M. (1995), "Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro", *ADL*, n. 1, p. 63 ss.

Del Punta, R. (2004), *sub articolo 46*, in L. Montuschi *et al.*, *Il nuovo mercato del lavoro (d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276)*. *Commentario*, Bologna: Zanichelli, , p. 469 ss.

Fabeni, S. e Toniollo, M. G. (2005, a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Roma: Ediesse.

Ferrera, M. (2005), *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, , Oxford: Oxford University Press.

Ferrera, M. e Gualmini, E. (1999), *Salvati dall'Europa?*, Bologna: Il Mulino.

Ferrera, M. e Sacchi, S. (2004), "The Open Method of Coordination and National Institutional Capabilities. The Italian Experience", URGE Working Paper n. 2/2004.

Foglia, R. (2002), *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova: CEDAM.

Garilli, A. e Napoli, M. (2003, a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino: Giappichelli.

Ghera, E. (2000), "La concertazione sociale in Italia", *RIDL*, I, p. 115 ss.

Ghera, E. (2006), "Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro", *DLRI*, p. 1 ss.

Giubboni, S. (2005), *Il Welfare italiano tra solidarietà e concorrenza*, in M. Cinelli e S. Giubboni, *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino: Giappichelli, p. 69 ss.

Giubboni, S. (2006), *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press.

Giubboni, S. (2007a), "L'azione comunitaria in materia di sicurezza sociale in prospettiva storica", URGE Working Paper n. 2/2007.

Giubboni, S. (2007b), *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in corso di pubblicazione in B. Caruso e S. Sciarra (a cura di), *Il lavoro dipendente*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea* diretto da G. Ajani e G. A. Benacchio, vol. V, Torino: Giappichelli.

Giubboni, S. e Orlandini, G. (2007a), *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Bologna: Il Mulino.

Giubboni, S. e Orlandini, G. (2007b), "La direttiva Bolkestein e i diritti dei lavoratori europei", *Biblioteca della libertà*, n. 186, p. 99 ss.

Giubboni, S. e Sciarra, S. (2000), "Introduzione", *DLRI*, n. 4, *La regolamentazione del part-time in Europa*, p. 547 ss.

Giugni, G. (2003), *La lunga marcia della concertazione. Conversazioni con Paola Ferrari e Carmen La Macchia*, Bologna: Il Mulino.

Giuliani, M. (2006a), *La politica europea*, Bologna: Il Mulino.

Giuliani, M. (2006b), "Dov'è il problema? L'Italia e il recepimento della normativa comunitaria", URGE Working Paper n. 1/2006.

Giuliani, M. (2006c), "Le relazioni fra l'Italia e l'Unione europea come questione di policy", URGE Working Paper n. 11/2006.

Izzi, D. (2005), *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli: Jovene.

Lo Faro, A. (1998), "La Corte di giustizia e i suoi interlocutori giudiziari nell'ordinamento giuslavoristico italiano", *LD*, p. 621 ss.

Lo Faro, A. e Andronico, A. (2005), "Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?", *DLRI*, p. 513 ss.

Lyon-Caen, A. (1991), "L'influenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro francese", *QDLRI*, n. 10, "Diritto del lavoro e diritto comunitario", p. 117 ss.

Lyon-Caen, G. (1992), "L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence", *Dr. ouv.*, p. 313 ss.

Militello, M. (2005), "Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di giustizia", *DML*, p. 661 ss.

Novella, M. e Vallauri, M. L. (2005), "Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo", *DLRI*, p. 177 ss.

Orlandini, G. (2006), "Stato di crisi aziendale e cassa integrazione guadagni straordinaria: vincoli sostanziali e procedurali di fronte alle "domande comunitarie"", *RDSS*, p. 127 ss.

Roccella, M. (1997), *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino: Giappichelli.

Roccella, M. e Treu, T. (2002), *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova: CEDAM.

Sacchi, S. (2006), "Il metodo aperto di coordinamento. Origini, ragioni e prospettive del coordinamento delle politiche sociali", URGE Working Paper n. 8/2006.

Sacchi, S. (2007), "Italy in the EU: insights from social policy co-ordination", URGE Working Paper n. 1/2007.

Sacco, R. (1992), *Introduzione al diritto comparato*, Torino: UTET.

Sala Franco, T. e Ramirez Martinez, J. M. (1991), "L'influenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro spagnolo", *QDLRI*, n. 10, "Diritto del lavoro e diritto comunitario", p. 131 ss.

Scarponi, S. (1999), "Luci e ombre dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale", *RGL*, I, p. 399 ss.

Sciarra, S. (1995), "Integrazione dinamica tra fonti nazionali e comunitarie: il caso del lavoro notturno delle donne", *DL*, I, p. 152 ss.

Sciarra, S. (2001, a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford: Hart Publishing.

Sciarra, S. (2002), "Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro", *QF*, vol. 31, tomo II, p. 427 ss.

Sciarra, S. (2005), *The Evolution of Labour Law (1992-2003), Volume 1: General Report*, European Commission, Directorate General for Employment Social Affairs and Equal Opportunities, Bruxelles.

Sciarra, S. (2006), "Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro", *DLRI*, p. 39 ss.

Sciarra, S. (2007), "Trusting judges to deliver changes. Italy, the EU and labour law", in corso di pubblicazione in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*.

Sciarra, S., Davies, P. e Freedland, M. (2004), *Employment Policy and the Regulation of Part-time Work in the European Union. A Comparative Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press.

Simitis, S. (1995), "Fine o rinascita del diritto del lavoro. Il caso della Corte di giustizia europea", *DLRI*, p. 521 ss.

Simitis, S. e Korner-Dammann, M. (1991), "L'influenza della disciplina comunitaria sul diritto del lavoro tedesco", *QDLRI*, n. 10, "Diritto del lavoro e diritto comunitario", p. 143 ss.

Szyszczyk, E. (2001), "The new paradigm for social policy: a virtuous circle?", *CMLR*, p. 1125 ss.

Tosi, P. e Lunardon, F. (2005), *Introduzione al diritto del lavoro. 2. L'ordinamento europeo*, Roma e Bari: Laterza.

Treu, T. (2001), *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna: Il Mulino.

Vallauri, M. L. (2007), *Rapporto di lavoro e appartenenza di genere: la discriminazione e i congedi parentali*, in corso di pubblicazione in B. Caruso e S. Sciarra (a cura di), *Il lavoro dipendente*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea* diretto da G. Ajani e G. A. Benacchio, vol. V, Torino: Giappichelli.

Veneziani, B. (2006), *La Costituzione europea, il diritto del lavoro e le icone della solidarietà*, in G. Ferrara, M. Pallini e B. Veneziani, *Costituzione europea: quale futuro?*, Roma: Ediesse, p. 9 ss.

Voza, R. (2006), *I contratti ad orario "ridotto, modulato o flessibile" tra lavoro e disponibilità*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari: Cacucci, p. 333 ss.

Wedderburn Lord (1998), *I diritti del lavoro. Saggi scelti sulla Gran Bretagna e l'Europa*, a cura di S. Sciarra, Milano: Giuffrè.