



Dialogo sociale, contrattazione collettiva, better regulation

Estratto dal libro:

Tecniche legislative e politiche del lavoro.

Gianni Arrigo, Marco Cilento ed Enrico Limardo

Agonalis, Collana dell'Istituto di Studi Politici "S. Pio V"

Editoriale Scientifica, Roma 2016.

Contratto collettivo e diritto del lavoro. Ricostruzione in chiave storica di un dibattito europeo.

L'acquisizione della fonte contrattuale nell'ordinamento comunitario avviene a valle di un processo di espansione delle competenze dell'allora Comunità economica europea che ha il suo culmine negli anni '80¹. Alla definizione di uno spazio sociale europeo avrebbe fatto da corollario la capacità delle parti sociali di esprimere il loro potenziale di autoregolamentazione del rapporto di lavoro, nella sua dimensione individuale e collettiva, secondo uno schema delle fonti in cui avrebbero concorso eteronomia ed autonomia collettiva, simile a quello in vigore negli ordinamenti giuslavoristici degli Stati membri.

Dal lato del diritto del lavoro, negli anni '70 il dibattito sui fondamenti giuridici del contratto collettivo europeo si animò² con una disputa attorno al modello della delega legislativa in senso giuspositivista³ e al modello autonomista⁴. Negli anni ottanta, la Commissione europea

¹ E' noto che il Trattato della Comunità economica europea non attribuiva competenze specifiche di intervento al potere pubblico sovranazionale così costituito in materia sociale, tant'è che le iniziative comunitarie volte a stabilire standard di tutela minimi dei lavoratori nei paesi membri, a partire dagli anni '70, emanavano da disposizioni del Trattato che autorizzavano il Consiglio a stabilire "direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative ... che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune" anche in materie non espressamente attribuite alla competenza delle istituzioni comunitarie (vedi art. 100 e 100 A del Trattato di Roma, oggi articolo 94 TCE, e articolo 235, oggi articolo 308) (Isaac G., *Droit communautaire général*, Masson, Paris, 1996). In merito all'estensione delle competenze comunitarie in materia sociale vedi anche Pocar-Viarengo, *Diritto comunitario del lavoro*, CEDAM, Padova, 2001; Arrigo G., *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Tomo I, Giuffrè, 1998, Roma. Sull'evoluzione delle competenze in materia sociale e precipuamente in merito alle innovazioni introdotte dall'Atto Unico Europeo vedi anche Foglia-Santoro Passarelli, *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996

² L'estensione degli effetti del contratto collettivo è da tempo origine di dispute ideologiche nei consessi comunitari. Alla pluralità di procedure di estensione degli effetti del contratto fa da contraltare una certa coerenza delle pratiche che fondano sui principi comuni della tutela dell'autonomia delle parti contraenti, la garanzia di condizioni di lavoro uniformi sul posto di lavoro, il pluralismo delle fonti dell'ordinamento giuslavoristico. Per un approfondimento degli approcci culturali all'estensione dell'efficacia del contratto collettivo, oltre ai saggi di O. KAHN-FREUND (come *Il lavoro e la legge*, Giuffrè Milano, 1974, oppure BALANDI-SCIARRA, *Il pluralismo e il diritto del lavoro*, Studi su Otto Kahn Freund, EL, 1982), più recentemente M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e concertazione nella formazione del diritto sociale europeo*, in *La contrattazione collettiva in Europa*, Ediesse, Roma, 1999, vedi anche L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam - Padova, 1997. Per una comparazione sui meccanismi della contrattazione collettiva nei paesi della comunità europea vedi *Diritto del lavoro e relazioni industriali comparate* / a cura di R:BLANPAIN, T.TREU E F.MILLARD . - Roma : Lavoro, 1983 oppure *European employment and industrial relations glossary* / [general editor Tiziano Treu], London, Sweet and Maxwell, Luxembourg , Office for official publications of the European Communities, 1992.

³ Il principale sostenitore era G. SCHNORR, *Possibilités de conventions collectivessul le plan européen, ò la demande de la Commission de la Communauté économique européenne, V/2128/61-F orig.D.* Il professore tedesco si era spinto al punto di individuare un modello contrattuale "tipo".

⁴ L'esponente di punta era sicuramente Lyon-Caen, rafforzata negli anni a venire dall'imporsi in Italia del modello dell'ordinamento sindacale, reinterpretato in ambito europeo soprattutto da Gino Giugni e da Tiziano Treu. Qui si richiamano alcune pubblicazioni che apparivano nella biblioteca della Commissione europea negli anni '70: T.TREU, *Relazioni industriali in Europa*, in *Atti del convegno Intersind/CEEP*, Roma, Dall'impresa nazionale all'impresa



abbandonava la ricerca di un sistema onnicomprensivo o di soluzioni uniformi (che avrebbero irrimediabilmente condotto a interventi normativi o alla costituzione di modelli predefiniti di negoziazione collettiva) a vantaggio di percorsi più realistici e pragmatici che consistevano in un processo di approssimazioni sperimentali successive fondate su di un'esperienza comune. Negli anni 90, l'avvento di un sistema comunitario di relazioni industriali sarebbe stato il punto di arrivo di un processo continuo e progressivo d'omogeneizzazione dei metodi e dei contenuti⁵.

[...]

Tecnica legislativa e linguaggio normativo come legittimazione del potere pubblico dell'Unione

Prima di addentrarci nell'attualità della politica sociale europea per verificare se la tecnica legislativa del legislatore comunitario è idonea a politiche sociali efficaci e moderne, è bene porsi ancora qualche quesito.

Come mai nell'era della comunicazione e della conoscenza collettiva, il legislatore invece di migliorare le sue capacità espositive ripiega su un linguaggio ellittico, sgrammaticato, semanticamente criptato? E' così nel nostro paese o è un indesiderato patrimonio comune del legiferare delle democrazie europee?

Non sono domande retoriche.

La nuova scienza politica sente l'esigenza di impegnarsi in un'opera di riconcettualizzazione che le consenta di maneggiare concetti in grado di viaggiare nel tempo e nello spazio. Una delle ragioni è l'espansione della politica in relazione al fatto che il mondo è sempre più politicizzato: più partecipazione, più mobilitazione, e in certi casi maggiore intervento dello Stato in sfere che prima erano non governative. Inoltre, la politica si ingrandisce dal punto di vista soggettivo in quanto si è spostata l'attenzione verso la "periferia della politica" (in rapporto al processo governativo) e sul versante degli *inputs*⁶. Il diritto sviluppato è sempre di più il frutto di indagine comparative. Questo

europea, 17 e 18 aprile 1986; T.TREU, *Relazioni industriali e cambiamento: il punto di vista dell'Europa*, Il Mulino, n.3, 2002. Per quanto riguarda i contributi di Gino Giugni che hanno ispirato il dibattito europeo si è ritrovato G.GIUGNI, *Lavoro, legge, contratti*, Il Mulino, 1989; Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960. Inoltre, per Lyon-Caen l'assenza di un tale tipo di accordo, preesistente sulle procedure, non fosse un ostacolo giuridico ne' tanto meno pratico.

⁵ In un suo rapporto del maggio 1988 intitolato *L'esperienza del dialogo sociale a livello comunitario*, Gaetano Zingone (direttore della divisione in carica delle relazioni industriali nella DG V, oggi DG occupazione e affari sociali) annota che a seguito delle crisi economiche che le differenze specifiche tra i diversi sistemi di relazioni industriali si erano accentuate a seguito delle crisi economiche che avevano investito l'Europa negli anni precedenti. Egli affermava inoltre che il sottolineare le diversità dei sistemi giuridici e culturali di riferimento in ogni paese e richiamare la necessità del contratto collettivo quale condizione propedeutica ad ogni azione comunitaria in materia sociale nascondeva, in realtà, il tentativo di contenere l'invasività degli interventi comunitari in materia sociale. Gli esperti della Commissione continuavano a porre la questione del metodo, del contenuto e dell'efficacia di un contratto collettivo transnazionale sotto forma di problematica, rinviando la definizione di istituti giuridici di riferimento per la contrattazione collettiva una volta che le prassi fossero state in grado di offrire una più ampia casistica di ostacoli concreti alla contrattazione transnazionale: vedi J.F AMADIEU., *Vers un system de relations industrielles. Quelques thème de réflexion.*, Université del Lille/CNAM Paris, Dattiloscritto, 25 novembre 1988, V.SABA, *Rapporto sull'Italia*, C.SAVOINI, *Le dialogue social dans la Communauté*, Europe Sociale, n.2, 1984; T.TREU, *Quali relazioni industriali per l'Europa*, op. cit.; D.Valcavi, *Problèmes et perspectives du dialogue social*, Conférence sur la négociation collective dans les Etats membres de la Communauté européenne, Lisbonne, les 21 et 22 avril 1988.

⁶ Si prendono in prestito le parole di G. SARTORI, in *Logica Metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna 201, pag.12 perché interessa sottolineare come l'espansione della politica rende inalienabile al bagaglio culturale del legislatore la scienza della comparazione di sistemi. La struttura della "politica espansa" è puntualmente raccontata da J. ATTALI, in *Demain, qui gouvernera le monde?* Fayard, Paris, 2011.



ampiamento di spettro è una sfida per lo studioso, che deve ancorare la propria ricerca alla metodologia comparatistica, ed una necessità per il policy maker (accorto) che può invece contare su una moltitudine di fonti che si possono ricomporre e ricombinare all'infinito, nella sfida più eccitante del mondo d'oggi: costruire la democrazia "oltre" lo stato.

Alla luce di questa riflessione, più che in passato, oggi il legislatore dovrebbe essere più edotto grazie ad una maggiore accessibilità all'informazione tecnica, di merito, comparativa. La consultazione con i soggetti interessati può avvalersi delle nuove tecnologie della conoscenza collettiva. La democrazia partecipativa può contare su un cittadino più informato e più attivo. Inoltre, la contaminazione culturale derivata dall'applicazione del diritto comunitario, dalla necessità di governare dinamiche globali nell'economia, nella finanza, nel movimento delle persone, nell'applicazione di trattati e cooperazioni internazionali, dovrebbero essere motivo di arricchimento per la scienza del linguaggio giuridico. L'interazione tra i regolatori di fonte istituzionale e privatistica dovrebbe rendere il legislatore consapevole del valore di una produzione normativa prudente, efficace, semplice, accessibile. Ma così non è. O almeno non lo è sempre.

Eppure, proprio nel momento in cui il legiferare si proietta in una sfera 'oltre lo stato', la qualità della norma è democrazia.

Tra avvento della tecnologia ed espansione della politica, legiferare è impegno gravoso per le istituzioni. E' gravoso perché ogni regolamentazione comprime la sfera delle libertà individuali, altera i rapporti spontanei tra i soggetti, modifica gli spazi vitali delle persone. Per questo lo stato è vissuto come oppressore, spesso per il solo fatto che legiferi. E' comunemente accettato che lo stato lo faccia, legiferare, perché la facoltà di restringere la libertà dell'individuo è concessa solo allo Stato, per vincolo costituzionale. Per contrappasso, un'istituzione internazionale, che legifera per potere delegato dallo Stato, si legittima in un paradigma democratico nella misura in cui ha il solo compito di estendere la sfera delle libertà del cittadino, quasi a difenderlo dall'invadenza dello stato⁷.

Più articolata è la missione di un ente sovranazionale come l'Unione europea che nasce come potere pubblico pieno a doppia legittimazione, sovranazionale e governativa, ma che a partire da questa legittimazione può rimodulare le libertà individuali e quindi abbandonare la vocazione liberatrice, tipica dell'ente internazionale, per assumere le prerogative di un potere pubblico che è quasi-stato e quindi torna a poter comprimere le sfera delle libertà individuali.

E' di interesse l'approccio comunitario al legiferare perché la legittimità democratica del potere pubblico sovranazionale si nutre del principio che vuole la qualità della norma fonte di legittimazione democratica del potere pubblico.

La tecnica legislativa, nella costruzione di un potere sovranazionale, che abbia l'ambizione di essere veramente tale, è un fattore di legittimazione in senso democratico. Il concetto è che se il potere pubblico sovranazionale nasce e opera in un'architettura istituzionale non conforme ai cardini dello stato democratico liberale "come noi lo conosciamo". Per legittimarsi il potere pubblico sovranazionale attinge a istituti che non sono surrogati ma componenti vere e irrinunciabili della democrazia. Benché sfumanti nelle dimensioni nazionali, tali istituti assurgono a nuova vita nel costruito comunitario. Si tratta de: il processo partecipativo con cui la volontà politica si forma, la chiarezza della norma, la sua accessibilità e la sua comprensibilità.

Jean Monnet, primo commissario della CECA, si dice sottoponesse ogni nuovo atto legislativo al suo autista per testarne la comprensibilità.⁸ Questo agire non dichiarava solo rispetto nei confronti

⁷ Più ampiamente in S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Bari Milano, 2006.

⁸ Sono entrato a conoscenza di questo aneddoto da un suo assistente personale, l'unico ancora in vita e incontrato in occasione di un workshop dell'Associazione Jean Monnet. Sono questi i piccoli episodi che rendono privilegiata la posizione di chi vive a Bruxelles.



del cittadino-interprete, ma esprimeva l'assunzione di responsabilità di chi, incaricato di costruire un potere pubblico nuovo, era consapevole di non poter, in quel momento, contare su tutte le armi istituzionali di una democrazia. Egli cercava di ancorare i comportamenti delle istituzioni sovranazionali, all'epoca quelle della CECA, a quegli istituti che avrebbero reso una democrazia tale anche in assenza di elezioni e di un potere legislativo di diretta emanazione popolare.

I padri dell'Europa non l'hanno detto ma lo hanno insegnato: la qualità della norma - più che mai per un potere pubblico comune che ha ambizioni di sopranazionalità, all'epoca addirittura di federalismo - è democrazia.

E' la ricerca di un linguaggio, quello delle istituzioni europee, che dopo 60 anni di storia comune, ha prodotto un risultato tangibile ma non consolidato. Il linguaggio del diritto europeo è patrimonio degli europei e va custodito, elaborato, fatto evolvere⁹.

Ed, infatti, la questione impegna gli operatori del diritto comunitario da sempre e con intensità crescente e proporzionale all'espansione dei soggetti abilitati alla regolamentazione comunitaria¹⁰. *In nuce*, si tratta di organismi di un assetto istituzionale senza *pathos* che cercano ora un posto nel cuore civico dei cittadini (gli anglosassoni direbbero *ownership building*). Diventa allora centrale la questione del linguaggio.

Il linguaggio determina l'identità della persona ed al tempo stesso è il codice attraverso cui le persone si rapportano alle regole che le governano¹¹. E' il diaframma attraverso cui due interlocutori cercano la sintonia. Vale non di meno per le istituzioni che cercano una sintonia con i cittadini. Il cittadino che condivide un linguaggio con le proprie istituzioni sente di poter partecipare e si predispone al dialogo con il corpo politico che anima le istituzioni. Si è così stabilito ciò che i greci chiamavano *logos*. Il linguaggio giuridico, dalla preparazione della norma fino alla sua interpretazione, è il diaframma che si interpone tra i cittadini e le loro istituzioni e può fluidificare il dialogo. Al contrario, può irrigidire la comunicazione fino a creare diffidenza degli uni verso gli altri. Il linguaggio giuridico, più di quello politico, è qualcosa che intermedia e quindi deve essere efficiente. Se così non fosse, gli interlocutori saranno separati e non comunicanti.

Un corollario di questa tesi è che può esserci dialogo anche senza partecipazione.

Fermiamo il concetto per il quale una democrazia partecipata non è necessariamente una democrazia partecipativa. Aderiamo qui ad una visione per la quale la rappresentanza politica è, sì, coesistente alla democrazia ma, come il patrimonio civico degli Stati membri ci comunica, la rappresentanza politica non esaurisce gli istituti e il significato delle istituzioni democratiche¹². Ma allora, quale partecipazione?

La democrazia partecipativa non può essere una scorciatoia di un apparato politico che, non avendo curato il linguaggio delle istituzioni, tenta di bypassarle per cercare un consenso direttamente nei singoli cittadini, facendo leva sulla loro individualità. Anche nell'epoca di internet, la democrazia partecipativa rimane il valore aggiunto di una democrazia rappresentativa che funziona, per un popolo maturo ed informato che attraverso l'associazionismo è in grado di interloquire con le istituzioni al fine di avvicinare il luogo della decisione quanto più è possibile ai suoi destinatari. E' ciò che nel diritto comunitario è acquisito come principio della sussidiarietà orizzontale. Ma

⁹ Vedi *infra*

¹⁰ Tra questi ci limitiamo a richiamare l'avvento della procedura di codecisione del PE, la cooperazione con i soggetti consultivi citati nei trattati e in particolare Comitato delle Regioni e Comitato economico e sociale, istituzione del Consiglio europeo, le agenzie, le *authorities*, i poteri regolamentativi della Commissione o della Banca centrale europea, e da ultimo la controversa vicenda del Semestre europeo, delle procedure di infrazione del six-pack, la Troika.

¹¹ A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, Paris, 2015, pag. 244, si spinge fino al punto da ritenere che la sostituzione di obiettivi numerici in ogni ambito del governo delle cose della politica è una scorciatoia che le istituzioni usano per ovviare alla incomunicabilità tra legislatore e cittadino.

¹² In F. BASSANINI, E. G. TIBERI, *Una Costituzione per l'Europa*, (a cura di), ASTRID Il Mulino, Bologna, 2003, pag. 43.



l'esercizio della sussidiarietà orizzontale ancora una volta non coincide necessariamente con la democrazia partecipativa.

Nella costruzione dell'UE, è l'espandersi dell'architettura istituzionale comune che impone una nuova visione integrante della democrazia partecipativa. Fu coraggiosa la scelta della Convenzione (firmata e mai entrata in vigore) che nell'articolo 46 individuava la definizione di percorsi di democrazia partecipativa fino a configurare un embrionale riconoscimento di democrazia diretta. Nel TFUE, dopo Lisbona, scompare il corpo dell'articolo 46 della Convenzione ma ne sopravvive lo spirito. Di quell'articolo rimane il diritto di tutti a partecipare, il principio di preferenza per la prossimità del centro decisionale al cittadino, la trasparenza, il dialogo, l'importanza della dimensione associativa e della rappresentanza non politica¹³.

È nella visione emersa nel lavoro (non del tutto vano) della Convenzione che la redazione della norma comunitaria poggia sulla necessità non solo storica ma istituzionale di processo "aperto". L'elaborazione dei testi normativi è aperta alla contaminazione da parte dei cittadini, soprattutto di coloro che sono attivi attraverso strutture di rappresentanza non politica.

La cerniera tra la democrazia istituzionale e la democrazia partecipativa è la burocrazia europea che costruisce e custodisce il linguaggio delle istituzioni. Non si tratta solo di governare i principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Il problema è più complesso e riguarda l'atteggiarsi delle istituzioni nella formazione di politiche e interventi normativi in tutte le sfere di sua competenza. Un agire che, caso per caso, è chiamato al rispetto dei diritti fondamentali, delle condizioni di coinvolgimento e di trasparenza, ma anche della tempestività o dell'efficacia dell'intervento normativo (o della decisione di non intervenire). Ogni settore di intervento ha complicazioni diverse perché diverse sono le aspettative di impatto sui soggetti attivi e sui soggetti destinatari dell'azione/decisione comunitaria come diverse sono le condizioni di parità o disparità di potere dei soggetti interessati nel settore oggetto di regolamentazione. Forse è per questo che la Commissione europea propone uno "schema tutt'altro che verticistico" per "formulare proposte che siano "tecnicamente valide e concretamente praticabili" come accade nelle democrazie moderne dove il legiferare di qualità è "connesso col diritto fondamentale dei cittadini di formare associazioni per perseguire finalità comuni"¹⁴. Modalità di agire che sono destinate a trovare una loro collocazione nell'ambito della strategia europea della better regulation.

Oggi, le istituzioni comuni concordano che per legiferare meglio occorre osservare "determinati principi generali come la legittimità democratica, la sussidiarietà, la proporzionalità, la certezza del diritto"¹⁵: ma questo riguarda i rapporti tra le istituzioni europee e quelle nazionali (o locali). Non riguarda, invece, i processi da mettere in atto perché la norma proposta, e poi approvata, sia di qualità. Questo ultimo punto, verte sui rapporti tra istituzioni e i suoi cittadini. Su questo i tre soggetti dell'azione legislativa (Commissione dell'EU, Parlamento europeo e Consiglio dell'UE) convengono di promuovere la semplicità, la chiarezza e la coerenza della redazione dei testi

¹³ Diritto a partecipare: Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione.

Prossimità al cittadino: Le decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini. (Art. 10 TUE)
Riconoscimento delle rappresentanze organizzate: Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. art.11 TUE
Ben legiferare: Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate. Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile (art.15.1 del TFUE).

¹⁴ Comunicazione della Commissione, Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione. Bruxelles, 11 febbraio 2002 COM(2002) 704 def., pag.5

¹⁵ Parlamento Europeo, Consiglio, Commissione, Progetto Interistituzionale "Legiferare meglio", (2003/C 321/01), punto 2.



legislativi nonché la massima trasparenza nell'iter legislativo¹⁶. La volontà è di irradiare l'intera produzione normativa comunitaria (che come detto riferisce ad un numero di sorgenti più ampio delle tre istituzioni citate) dei principi cardini del buon legiferare a livello europeo. La tecnica normativa deve predisporre le condizioni di "qualità" di una norma che diviene tale solo per volontà di un potere legiferante che si esprime attraverso la rappresentanza politica (degli organismi elettivi) e sociale (organismi della società civile organizzata). La tecnica redazionale attiene invece all'iniziativa legislativa i cui contenuti devono poi passare il vaglio degli organismi legiferanti. Utilizzando una metafora, si può affermare che la tecnica *normativa* non esprime ciò che è democraticamente giusto ma fa sì che il giusto democratico sia ben espresso. La tecnica *legislativa* aiuta quindi il potere legiferante (democratico) ad essere in sintonia con il cittadino non ad interpretarne la volontà, allo stesso modo la cura del linguaggio normativo è un mezzo e non un fine in sé. Nella costruzione comunitaria la linea che separa potere legiferante e potere di iniziativa legislativa non è tracciata in modo netto.

Recentemente la Corte di Giustizia dell'UE è intervenuta proprio sulla dialettica che intercorre tra il potere di iniziativa legislativa, attinente alla Commissione europea, ed il potere legislativo (co)detenuto dal Consiglio dell'UE e dal Parlamento europeo¹⁷. La materia della disputa concerneva l'adozione di un regolamento il cui obiettivo era di ridurre l'arbitrarietà della Commissione europea nell'attivare macro-prestiti a favore di paesi terzi. Potere che ricade, in condizioni di urgenza, nella sfera di competenza dell'esecutivo in base al processo decisionale della Comitologia. Si tratta di un potere, ad oggi, controllato (non più dagli organi legislativi ma) da un comitato di esperti secondo una procedura di riesame che attribuisce agli esperti il potere di bloccare la decisione della Commissione europea. Il Consiglio ed il Parlamento europeo esprimevano la loro preoccupazione per un difetto di controllo politico e democratico nel processo decisionale riguardante la materia di cui al regolamento in discussione (p.to 20). I governi ritenevano, alla luce delle innovazioni apportate dal trattato di Lisbona, negli artt. 212 e 213 del TFUE, di dover ricondurre ogni decisione discendente dal regolamento in questione alla procedura legislativa ordinaria. Di fronte al rischio di vedere la propria proposta snaturata nel processo legislativo ordinario, la Commissione europea decideva di ritirare la proposta. E' il Consiglio che decideva, allora, di sollevare la questione presso i giudici di Lussemburgo.

La Corte di Giustizia rigetta il ricorso e riconosce alla Commissione europea il potere di ritirare una propria proposta ma agendo (non invia autoreferenziale ma) di concerto con il potere legislativo. La Corte ribadisce una consolidata giurisprudenza che delinea i confini del potere di ritiro delle proposte legislative come corollario del potere di iniziativa che la Commissione europea esercita in via esclusiva. La stessa cura con cui la Commissione ha redatto la norma ed esercitato il potere di iniziativa deve essere adottata per giungere al ritiro di una proposta legislativa. In particolare, i giudici europei ritengono che la Commissione non debba solo rendere il legislatore edotto della volontà di ritirare una proposta legislativa ma deve sostenere questa sua posizione con prove cogenti. Se la decisione della Commissione europea di ritirare una proposta è conseguente alla volontà del potere legiferante di emendare la proposta, la Commissione europea deve dimostrare di aver tenuto in debita considerazione gli orientamenti precedenti espressi dal potere legiferante nella redazione della norma proposta e di attenersi allo spirito di genuina cooperazione con il potere legiferante condiviso tra Consiglio dell'UE e Parlamento europeo. In sostanza, il potere di iniziativa, pur comprendendo la facoltà di ritirare una proposta legislativa come corollario del potere di iniziativa, non attribuisce un potere di veto in grado di interrompere il processo legislativo comunitario.

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ CGUE, (grande sezione) sentenza del 14 aprile 2015, causa C-409/13 Consiglio c. Commissione, in materia di assistenza macrofinanziaria a Paesi terzi (art. 212 TFUE) e principio di attribuzione delle competenze (art. 13,2 TUE)



Un aspetto interessante della sentenza è il rifiuto del giudice europeo di ridurre la questione a bega burocratica tra istituzioni comunitarie. Al contrario, ritiene il principio di “processo legislativo aperto” un vincolo giuridico posto dai trattati a favore dei cittadini (general public). In tal modo, giunge alla conclusione che la decisione di ritirare una proposta legislativa debba essere sottoposta agli stessi criteri di pubblicità che si applicano alla pubblicazione della proposta legislativa, ad esempio attraverso la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell’UE.

Di fatto, la sentenza riconosce alla Commissione europea, nell’ambito della portata dei suoi poteri, il diritto a ritirare proposte legislative finché non siano state approvate (p.to74), disilludendo le aspettative di coloro che cercavano in questa sentenza la possibilità di opporsi al ritiro delle proposte legislative pendenti, anche in materie socialmente rilevanti, programmato dalla Commissione Junker.

La Corte di giustizia sembra quindi confermare che l’iniziativa legislativa debba riprodurre sotto forma di norma ciò che la rappresentanza politica ha democraticamente individuato come obiettivo¹⁸. E la Commissione europea concorre a individuare l’obiettivo. Nel metodo comunitario, la Commissione europea è qualcosa di più di un governo che esercita l’iniziativa legislativa.

I giudici europei restano fedeli all’idea di un assetto istituzionale Commissione-centrico perché la Commissione europea è custode dell’unitarietà del progetto comunitario. E’ una visione che trova un suo radicamento profondo nei Trattati. E’ il progetto “alto” di integrazione politica dei popoli d’Europa. Se, come vedremo il governo dell’economia europea dirige il progetto europeo di integrazione europea verso il concetto di “coalizione di stati”, il metodo comunitario propone la “unione degli uomini” più consona alla visione di Jean Monnet. Il percorso di unione dei popoli ha bisogno ancora di una rotta chiara, senza insidie, soprattutto al riparo da derive intergovernative che si accontenta di discussioni tra governi e non tra cittadini. Allora nella visione di alcuni, questa funzione ha bisogno ancora di un’istituzione che sia custode e motore del progetto europeo. Questa istituzione è la Commissione dell’Unione europea che accompagna le altre istituzioni democratiche in un percorso di emancipazione il cui destino è la realizzazione di uno stato europeo¹⁹. La Commissione Junker rinvigorisce la visione comunitaria del processo di integrazione europea in netta discontinuità con la deriva intergovernativa imposta dai 10 anni di presidenza Barroso. Il Presidente Junker richiama spesso Delors e restituisce (o almeno tenta di farlo) al metodo comunitario aree strategiche per il futuro benessere dei cittadini europei come l’unione energetica, l’Agenda digitale, l’unione dei capitali, il piano di investimenti, la fiscalità²⁰.

Ma questa visione presuppone un pensiero unico dell’amministrazione delle istituzioni comuni e delle politiche che in esse si formano? Un pensiero unico di cui sono depositari gli eredi dei padri fondatori (o di chi ne vanta l’eredità)? Gli eredi dei padri fondatori²¹ tendono a ritenere gli uomini e le donne di Europa non abbastanza determinati a unire le loro forze. Li ritengono piuttosto inclini a farsi guidare da interessi egoistici. Nel migliore dei casi i governi si aggregano attorno ad un

¹⁸ Per un approfondimento sulla sentenza in oggetto vedi S. PEERS, *The Commission’s power of initiative: the CJEU sets important constraints*, <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2015/04/the-commissions-power-of-initiative.html>

¹⁹ E’ in questo modo che l’autore interpreta, facendone estrema sintesi, il fortunato saggio di M. MONTI e S.GOULARD, *La democrazia in Europa. Guardare lontano.*, Rizzoli, 2012, Milano.

²⁰ Annunciate nel discorso di insediamento, il documento *A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change Political Guidelines for the next European Commission*, del 15 luglio 2015, è la proposta più visionaria che un presidente dell’Unione europea ha proposto negli ultimi 15 anni.

²¹ Si tratta di un’eredità che alcuni si auto-attribuiscono associando il proprio pensiero ad “eroi” recenti e passati del processo di integrazione europea come Jean Monnet, Altiero Spinelli, Jacques Delors, ecc. Nell’attesa che la storia restituisca il suo giudizio, sicuramente il rapporto *Completing Europe’s Economic and Monetary Union* (giugno 2015), co-firmato dai 5 presidenti delle istituzioni comunitarie, J.C. Junker, Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi e Martin Schulz tentano di avvalersi dell’autorevolezza della posizione che occupano per costruire un programma politico razionale. Implicitamente ammettono che le istituzioni, che loro stesso rappresentano, non siano in grado di produrre un progetto altrettanto razionale ed europeista.



interesse nazionale, nel peggiore, si piegano al più egoistico interesse individuale. E' ancora la Commissione europea, con i suoi funzionari e i suoi dirigenti, a dover portare a compimento la missione. Se il Parlamento europeo ancora non è pronto ad assurgere a istituzione depositaria della sovranità sovranazionale, il Consiglio è troppo incline a trasferire nelle istanze sovranazionali le ansie elettorali, iniettando esitazioni nel percorso di integrazione.

La Commissione europea, affiancata dalla Corte di giustizia, legittimata dal potere legislativo di Consiglio e Parlamento europeo, rimane l'istituzione che garantisce una certa capacità di controllo nel tempo del progetto unitario. Ovviamente non tutti interpretano in questo modo lo stato della democrazia in Europa: vi è chi sogna un assetto federale, con una nuova centralità del Parlamento, in cui le istituzioni servono politiche diverse perché scelte dai cittadini anche attraverso lo strumento delle elezioni; al contrario vi è chi registra una restaurazione del potere presso le capitali europee, lo svuotamento del potenziale normativo espresso dalle istituzioni sovranazionali, ed una nuova centralità del Consiglio e della dialettica intergovernativa.

Trasferendo queste riflessioni sulla distribuzione di poteri al ragionamento sulle tecniche legislative per politiche sociali migliori, si può giungere alla conclusione che, nel metodo comunitario, la tecnica normativa attribuisce qualità ad una norma che esprime però la volontà di un potere pubblico fortemente incentrato su una sola istituzione, la Commissione europea, legittimata al contempo dalla partecipazione della rappresentanza politica (il Parlamento europeo e il Consiglio) e sociale (parti sociali e più di recente la società civile organizzata).

I vantaggi li abbiamo enunciati. Il rischio è di cadere in una visione meccanicistica del governo dell'Europa in cui l'applicazione della tecnica coincide con l'espressione del giusto. Ma come si è detto, la tecnica legislativa ed il suo linguaggio non sono fini in sé ma il mezzo attraverso il quale il giusto è ben espresso. Vi è allora una tensione competitiva tra tecnica legislativa (cui fa da corollario il monopolio del linguaggio giuridico) e potere legislativo che, come abbiamo visto nella disputa Consiglio-Commissione, la politica della better regulation non risolve ma promette di acuire.

Verso la better regulation

È nel 2001 che uno studio commissionato dalla Commissione europea ad un gruppo di esperti di alto livello, guidato da Dieudonné Mandelkern, che darà il suo nome al rapporto finale, traccia la via di quella che diverrà la stagione politica della better regulation. Quest'ultima nasce in realtà con una visione ampia del concetto di "buona norma" che riferisce poco alla nota redazionale o editoriale (benché vi siano collegati manuali di redazione della norma che accomunano i burocrati europei²²) - ma interpreta il legiferare come bene pubblico in sé e individua percorsi per il migliore uso di tutte le tecniche legislative per la più razionale sistemazione delle fonti, per la definizione del linguaggio giuridico e per l'efficienza economica delle opzioni "normare" o "astenersi dal normare". La better regulation riferisce alla determinazione procedurale, alla sistemazione della norma nel complesso ordinamentale, alla scelta dei tempi e degli strumenti atti al perseguimento dell'obiettivo e alla conformità dell'intervento proposto agli obiettivi primi dell'Unione europea.

Mentre la teoria si conformava, l'attualità avrebbe imposto le sue priorità.

Se il concetto di better regulation è oggi sinonimo di deregolamentazione o, in materia lavoristica, di destrutturazione normativa è perché il programma nasce in una crescente insofferenza rivolta contro l'attivismo regolatorio delle istituzioni comunitarie in generale, e in particolare verso il diritto del lavoro europeo.

²² Più di recente vedi il Commission Staff Document, Better regulation Guidelines SWD(2015)111 final, Strasbourg 19.5.2015



Si tratta di una reazione a matrice neoliberale²³, manifestatasi al potere agli inizi del nuovo millennio, che sembra soffrire l'ostinazione delle istituzioni comunitarie di voler regolare un mercato che, privo di frontiere, non ha dismesso l'illusione (o l'ambizione) di poter agire solo ed esclusivamente attraverso la *lex mercatoria*. Non era forse il "modello sociale europeo" espressione della capacità di regolamentare in chiave sovranazionale un mercato che fattosi, appunto, transnazionale cominciava a sfuggire ai tentativi degli stati di imbrigliarlo? il potere sovranazionale non cominciava forse a metterne in discussione la supremazia?

E' questa la chiave interpretativa che si propone ai fini della lettura della produzione normativa degli anni '90 - cui molti riferiscono con la formula dell'epoca d'oro del diritto del lavoro europeo - che aveva sottratto al gioco della concorrenza al ribasso aree rilevanti del rapporto di lavoro. Basti pensare alle direttive che armonizzavano, attraverso l'introduzione di standard minimi, la salubrità del luogo di lavoro, la parità salariale uomo-donna, la gestione delle crisi aziendali, il tempo di lavoro, l'informativa sul contratto di lavoro, l'accesso all'informazione e alla consultazione sulle scelte strategiche di impresa²⁴. Contemporaneamente, l'Europa ampliava il "sociale" definendo tutele in materia di privacy, della salute dei consumatori, dell'etichettatura dei prodotti, l'accesso e la trasparenza dei servizi finanziari, ecc.

E' questo gioco delle sottrazioni che ha reso possibile l'estendersi dell'acquis sociale in un ordinamento che aveva l'obiettivo primo di fare mercato: se non sovvertire almeno, anestetizzare la relazione di subordinazione che il sociale pagava nei confronti della realizzazione del mercato interno.

Il potere pubblico europeo esprimeva a quel tempo l'Europa della cittadinanza, con lo sguardo volto all'unione politica dei popoli d'Europa, fino a immaginare il completamento del mercato interno strumentale al raggiungimento di obiettivi più "alti".

L'inizio secolo sembra riportare la formazione del diritto sociale negli ambiti del diritto dell'economia, ricostituendo l'ordine sovvertito in cui le politiche sociali sono tutte strumentali alla realizzazione del mercato interno²⁵.

Le argomentazioni che introducono il tema del buon legiferare europeo (*better regulation*) sono tutte economiche. Il primo metro di giudizio della qualità di una norma è il rapporto costi-benefici calcolato sugli attori (imprese grandi e piccole, lavoratori, consumatori) che sono soprattutto agenti di mercato. E la buona norma è bene pubblico in sé non perché è veicolo di giustizia sociale, ma perché garantisce benessere economico.

²³ Alla quale non ha fatto mancare il sostegno una certa dottrina giuslavoristica, manifestatasi già negli anni '80. Nel 1982, la Commissione europea commissiona un rapporto a due eminenti personalità, M.ALBERT e J.BALL, il Rapporto "Una sfida per l'Europa". A fronte di una crisi occupazionale indotta da una crisi che faceva reclamare ai più una strategia europea per la ripresa, gli autori suggerivano di sfozzire e razionalizzare gli attuali e disordinati interventi statali" (par. V) e rimuovere i modi arcaici di gestire ... le relazioni sociali" (par. VII) fino ad auspicare progresso sociale che implichi una "evoluzione verso la libera scelta individuale del tempo di lavoro". Come si vedrà di seguito, pochi anni dopo l'Europa muove verso l'epoca d'oro dell'Europa sociale (vedi oltre) e solo con l'affacciarsi di una nuova crisi occupazionale il disegno neoliberale trova compimento.

Inserisco nella matrice il Rapporto Monti sul mercato unico Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea J.M Barroso del 9 maggio 2010.

²⁴ La produzione normativa è così intensa da giustificare la formazione di un Codice del lavoro dell'Unione europea come proposto da ARRIGO-FOGLIA nel 2002 (*Codice del lavoro dell'Unione Europea*. Annotato con la giurisprudenza della Corte di Giustizia. Aggiornato a luglio 2002 di Gianni Arrigo Raffaele Foglia edito da Giuffrè, 2002).

²⁵ Lucida l'analisi proposta da S.SCIARRA in *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, Bari, 2014. Anche A. Supiot vede nelle due note sentenze della Corte di giustizia dell'UE Laval e Viking una scelta politica giurisprudenziale che va in questa direzione in A.SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, Paris, 2014, pag. 342.



Siamo nello stesso contenitore dottrinale che propone la politica della *flexicurity* di cui al capitolo 4 di questo libro, che sottopone la posizione dell'individuo ad un'opera dicotomizzante per giungere ad un sistema di tutele che guarda al cittadino (che subisce l'opera discriminante del diritto del lavoro) come soggetto distinto dal lavoratore dipendente (che trae privilegi dalle tutele imposte dal diritto del lavoro). Questa visione si estende anche alla commercializzazione di altre tutele sociali. Dal concetto di tutela reale costruita dalla norma statutale si muove verso la compromissione contrattuale secondo la logica che tutto ha un prezzo e ciò che conta è l'efficienza della transazione. Ne è esempio il programma di *Refit* in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro, la spinta verso la privatizzazione del sistema pensionistico, l'allargamento dei sistemi assicurativi sanitari privati. Ma ne sono colpite anche altre sfere del sociale come la commercializzazione del diritto ad inquinare. La *better regulation* diventa così il paradigma legislativo basato sulla transazione costi-benefici. Ma la sua genesi ci racconta una storia diversa.

Nella retorica dei detrattori della *better regulation* appaiono alcune stereotipizzazioni che è bene fuggire. Si richiamano quindi brevemente i contenuti cardine di questa che nel tempo è divenuta una *mainstream policy* dell'EU.

Il catalogo del buon legiferare europeo individua 8 criteri di qualità che devono pervadere l'ordinamento comunitario. La *necessità* ha a che fare con la costruzione del consenso nell'operare dei principi di sussidiarietà nel rapporto potere pubblico e libertà dei privati. L'*attribuzione*, la *proporzionalità* e la *sussidiarietà* individuano, più tradizionalmente, il confine tra azione del potere sovranazionale e l'azione dei poteri periferici compreso quello statale. Si può anche dire che i tre principi operano per garantire che l'azione legiferante sia quanto più prossima al cittadino. La *trasparenza* attiene al rapporto con le parti interessate e quindi alla valorizzazione della società civile organizzata. Non si tratta ancora del filo diretto istituzione-cittadino piuttosto del tragitto che porta le strutture organizzate di cittadini nella partecipazione al processo decisionale. L'*accountability* attiene alla possibilità offerta alle parti interessate di individuare il soggetto istituzionale che è responsabile per la definizione della norma e della sua applicazione. L'*accessibilità* attiene alla sistemazione delle norme in una concezione coerente dell'impianto normativo nella sua interezza. Non è ad essa estraneo il concetto di codificazione delle norme che stenta a trovare espressione nella dimensione sovranazionale comunitaria²⁶. La *semplicità* ha a che fare con la comprensione da parte del destinatario ma soprattutto con l'analisi costi benefici che la norma genera nel tessuto socio economico in cui opera.

Sono tutti criteri di redazione della norma che attivano ipotesi di valutazione della norma ex-ante. Il percorso valutativo anticipato della necessità e qualità della norma ha particolare valore a livello comunitario perché la valutazione ex-post, che pur consentirebbe una fonte informativa per valutare l'efficacia e l'adequazione della norma è quasi impraticabile per la norma comunitaria in quanto questa è destinata a vivere e produrre i suoi effetti in contesti nazionali molto diversi per condizioni socio-economiche ma anche per vincoli costituzionali²⁷.

Uno degli strumenti di valutazione ex-ante è il *regulatory impact assessment* (valutazione di impatto della legislazione, noto al pubblico con la dicitura anglofona "impact assessment"). Senza approfondire la metodologia con la quale esso è prodotto²⁸, ci interessa qui fermare il concetto che

²⁶ Sugli ostacoli per la mai realizzata codificazione del diritto privato europeo vedi Lorenzo Franchini, La formazione di un diritto comune europeo, Istituto di Studi Politici S. Io V - Roma, Apes 2013.

²⁷ Vedi però *infra* circa il programma europeo di *refit* della Commissione europea

²⁸ Per questo si rimanda allo studio del CEPS per la Commissione europea RENDA SCHREFLER, LUCHETTA, ZAVATTA, *Assessing the costs and benefits of regulation* – Economisti associati study for the European Commission, Brussels, 10 dicembre 2013, http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/commission_guidelines/docs/131210_cba_study_sg_final.pdf



sono i funzionari della Commissione europea a produrre questo documento che è parte integrante ed inalienabile della produzione normativa comunitaria. Sono i funzionari della Commissione europea che hanno il compito di assicurare l'attivazione della società civile (ad integrazione dei rapporti interistituzionali) per acquisire gli elementi necessari a rendere l'iniziativa comunitaria conforme agli 8 requisiti del buon legiferare.

In una logica di *better regulation*, per le politiche sociali in particolare, il pacchetto di opzioni disponibile all'iniziativa politica e legislativa europea per il coinvolgimento delle parti sociali è composito: gli interessi sociali costituiti possono essere attivati attraverso l'incentivazione di comportamenti uniformi all'interno di gruppi di interesse definiti; associazioni imprenditoriali o organizzazioni dei lavoratori possono essere destinatari di campagne informative al fine di renderli consapevoli di diritti o responsabilità derivanti dal diritto comunitario o da politiche condivise ma ancora inattuata; possono essere destinatarie di benefici economici che attivino comportamenti conformi ad obiettivi di più ampio interesse generale; vi sono anche strumenti che consentono alle parti di maturare la consapevolezza degli effetti delle proprie azioni facendo emergere il costo delle esternalità che sono quantificati attraverso meccanismi assicurativi obbligatori; infine possono essere attivati attraverso l'autoregolamentazione non contrattuale ovvero incoraggiando l'autodotarsi di codici comportamentali o favorendo l'adesione a codici non vincolanti predeterminati. Sono strumenti ampiamente utilizzati, ad esempio, per il perseguimento di tutele per i consumatori, per la protezione dell'ambiente, per la diffusione della responsabilità sociale delle imprese.

Ma vi è anche l'opzione contrattuale, che può operare tra pubblico e privato, per vincolare il privato al rispetto di standard condivisi come ad esempio nel mantenimento di standard di qualità e accessibilità nella fornitura di servizi privatizzati ma di interesse generale o che opera tra privati al fine di determinare impegni obbligatori tra agenti di rappresentanza, come le parti sociali, che, determinando le regole attinenti al rapporto di lavoro o a determinate aree del mercato del lavoro, perseguono obiettivi che sono anche di interesse generale. La loro produzione normativa può condurre alla valutazione di non-intervento normativo da parte del potere pubblico²⁹.

Siamo in una fase pre-legiferante, in cui è la burocrazia ad avere il compito preordinato e quindi non dipendente dalla volontà politica contingente, di aprire il processo decisionale ai corpi intermedi.

Gli strumenti della *better regulation* non pongono però al riparo il potere di iniziativa della Commissione europea da movimenti fallaci. Ciò accade quando la dialettica tra Commissione europea e rappresentanza si riduce a puro esercizio di stile. Può essere ripreso, ad esempio, il percorso di formazione della direttiva sulle condizioni di accesso e di lavoro di lavoratori non-comunitari nell'ambito trasferimenti intra-societari. La proposta di direttiva aveva come ratio iniziale la necessità di consentire alle imprese multinazionali di ottimizzare l'uso delle proprie risorse umane, offrendo canali di ingresso privilegiati a cittadini di paesi terzi con alte professionalità loro dipendenti. Trattandosi di una fattispecie di distacco del lavoro intra-gruppo (è una delle fattispecie di cui all'articolo 2 della direttiva 96/71), la prerogativa di utilizzo da parte di un'affiliata europea di lavoratori stranieri non comunitari, in continuità di impiego con l'affiliata distaccante stabilita in un paese terzo, rendeva necessario individuare alcune condizionalità mirate ad evitare abusi e concorrenza sleale nell'uso di manodopera straniera nelle imprese europee³⁰.

²⁹ Nel rapporto tra potere pubblico comunitario e periferico esiste anche la possibilità di attivare meccanismi di mutuo riconoscimento. Pensiamo ai sistemi previdenziali nazionali, o di armonizzazione volontaria, pensiamo ai processi del metodo aperto di coordinamento, infine vi è la correzione degli strumenti legislativi in vigore come alternativa nuova regolamentazione.

³⁰ Considerando 6 della Direttiva 2014/66 sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari



Benché la proposta avanzata dalla Commissione europea escludeva che la ratio dell'iniziativa legislativa fosse volta a favorire il movimento delle persone nell'ambito della prestazione dei servizi transnazionali concordati negli accordi commerciali internazionali³¹, le misure in essa contenute mutuavano ampie parti della regolamentazione delle condizioni di lavoro e condizioni del distacco stesso dalla direttiva 96/71 sul distacco transnazionale del lavoro nell'Unione europea. Una direttiva, quest'ultima, che ha la sua ratio proprio nel determinare la tutela del lavoro nell'ambito delle prestazioni transnazionali (ma intra-europee) di servizi. In questo caso, gli strumenti della better regulation non hanno funzionato. La proposta legislativa avanzata dalla Commissione europea diverge dai canoni del "buon legiferare" nella misura in cui la ratio della norma (consentire alle imprese multinazionali di ottimizzare le proprie risorse umane) e la sua sostanza (agevolare la prestazione di servizi in uno stato membro da parte di imprese stabilite fuori dal territorio comunitario) divergono. Questa discrasia tra ratio e contenuto della norma ha impedito uno scambio costruttivo in fase legiferante al punto da creare un conflitto tra i co-legislatori poi risolto in un compromesso istituzionale che ha lasciato perplessi soprattutto le parti interessate, associazioni datoriali e sindacati. Nel testo adottato a seguito di un duro negoziato tra Commissione, Parlamento europeo e Consiglio rimangono inespresse le misure che avrebbero dovuto impedire la costituzione di società nei paesi terzi per il solo fine di distaccare personale in un paese membro; è sostanzialmente vanificato il tentativo di introdurre forme di mobilità intra-europea dei lavoratori ammessi con questo tipo di permesso; soprattutto restano indecifrabili le condizioni di lavoro dei lavoratori non comunitari ammessi nell'ambito di un trasferimento intra-societario. Le condizioni per l'accesso al permesso unico di soggiorno e lavoro (ovvero un adempimento amministrativo in funzione del rilascio del permesso unico di soggiorno e lavoro, art.5) contiene elementi di natura lavoristica (vedi la determinazione della giusta remunerazione o applicazione dei contratti collettivi al rapporto di lavoro) mentre la tutela della persona "che lavora", legata al principio della parità di trattamento del cittadino non-comunitario (art.18), resta circoscritta al nocciolo duro di tutele minime (ampliabili dagli stati membri) garantiti ai lavoratori distaccati europei secondo l'articolo 3 della Direttiva 96/71. Il testo prodotto procurerà non pochi grattacapi all'interprete.

La vicenda della direttiva 2014/66 è richiamata a riprova del fatto che la tecnica normativa da sola non è sufficiente a ottenere regole efficaci. I quadri di mobilità transnazionale del lavoro dovrebbero prevedere una maggiore interazione tra norma pubblica e co-regolamentazione delle parti sociali. Le esigenze della mobilità di manodopera interferiscono con la regolazione del mercato del lavoro e con l'organizzazione del lavoro. Due ambiti in cui, nella tradizione giuslavoristica europea, le parti sociali conservano ampi margini di autoregolamentazione e co-regolamentazione.

Nell'agenda europea della better regulation_ la specificità dell'autonomia delle parti sociali rischia di esser ridotta a questione formale che rinuncia a valorizzare il ruolo della normazione contrattata come alternativa alla legiferazione. A quel punto, il coinvolgimento delle parti sociali rimane strumentale alla legittimazione del processo, non alla sua co-gestione.

Se così è, la better regulation sostituisce il pluralismo delle fonti con l'ambizione di etero-dirigere le parti sociali in percorsi consultivi puramente formali. In tal caso, difficilmente la tecnica legislativa comunitaria potrà porsi al riparo dai rischi di una regolamentazione inefficiente.

³¹ Considerando 13 della Direttiva 2014/66. Si esplicita che gli impegni assunti nell'ambito del GATS non riguardano le condizioni di ingresso, soggiorno e lavoro dei cittadini non comunitari.



5. La questione della pluridimensionalità culturale della norma europea

Come accennato sopra, sull'ambizione del legiferare in processi aperti grava la minaccia del diaframma che media il dialogo tra istituzioni e soggetti esterni chiamati a partecipare. I soggetti che concorrono alla legislazione devono condividere un linguaggio.

In parte si è già detto. Un'ulteriore considerazione riguarda la questione del produrre normativa in ambiente comunitario nella misura in cui ciò impone di produrre testi che esprimono il precetto in diverse lingue. Tutte di pari dignità perché il multilinguismo ordinamentale è garanzia della parità dei cittadini avanti alla legge e nelle istituzioni (tutti hanno il diritto di accedere alla norma nella propria lingua madre). E poco importa la lingua nella quale la norma è stata elaborata, discussa, scritta e approvata; ovvero l'idioma che consentirebbe meglio di interpretare la volontà del legislatore.

La redazione multilingue non è semplicemente un esercizio stilistico. Il processo legislativo si avvale di uffici e gabinetti di tecnocrati della lingua giuridica che predispongono i testi tradotti. Tutto bene quindi? Il lato nascosto della medaglia è la "cattura" del processo legislativo da parte del burocrate. La redazione multilingua completa la scienza del legiferare comunitario. Ne conferisce una complessità non solo epistemologica ma la rende operata da un numero importante ma chiuso di soggetti che sono i possessori di questa scienza e la mettono in atto.

Un gruppo ristretto e coeso di uffici cura la stesura dei testi normativi, la coerenza dei testi, la sistemazione degli articolati, fino alla redazione multilingue. Esso detiene l'esclusiva proprietà del linguaggio normativo, inteso a questo punto non solo nella sua concezione semantica ma di vera e propria tecnica redazionale. Si tratta di una scienza cui gli operatori della politica e del diritto sono spesso estranei. In ambiente comunitario, la sinapsi dell'iniziativa politica può essere interrotta (e spesso accade) dall'errore di programmazione, dall'essere fuori-tema o fuori-tempo. Il che si tramuta nel fallimento dell'iniziativa politica con la conseguente frustrazione dell'agente politico. Una frustrazione che spesso colpisce chi è meno aduso al linguaggio normativo europeo. Da qui ad esempio la frustrazione di alcuni membri del Parlamento europeo, neofiti del legiferare europeo.

Se tale scienza del legiferare europeo abbia tutte le caratteristiche di una disciplina scientifica, non è questa la sede per sciogliere il nodo. Però in ogni caso, anche chi non frequenta tale disciplina per approfondimento scientifico può presto rendersi conto che siamo in un campo in cui il logos determina gli assi rispetto ai quali si deve collocare ed esprimere il procedimento legislativo.

Ciò vale più in generale per l'agire degli agenti privati che surroga la pratica legiferante statale, come ad esempio il normare delle parti sociali. Basti pensare agli accordi autonomi siglati dalle parti sociali europee. I testi concordati e siglati dalle parti sociali europee devono trovare anch'essi applicazione in ordinamenti nazionali che conservano la loro specificità. Una specificità che è espressa in un linguaggio altrettanto caratterizzato giuridicamente.

E siccome la scienza della tecnica normativa europea non può che muoversi lungo l'asse teoria-pratica, essa deve occuparsi di questioni pratiche per poi teorizzarle e restituire il vissuto in termini di norma astratta. Se così non fosse, se tale scienza avesse il solo obiettivo di teorizzare al fine di conoscere, essa stessa sarebbe incompiuta e soprattutto inutile. Potrebbe anche essere questo un enunciato della better regulation: un quadro normativo di fonte negoziale, che possa stare nella better regulation, potrà solo pescare nel melting-pot delle relazioni sociali attuali europee. Al contempo gli enunciati della better regulation, con i suoi manuali e le sue determinazioni procedurali, avranno assolto al proprio compito solo se avranno aiutato le parti sociali a sviluppare proposte normative che siano in grado di viaggiare lungo le traiettorie tempo-spaziali dell'integrazione europea.



6. Le fonti del lavoro alla prova della better regulation

Lo stesso anno della pubblicazione del rapporto Mandelkern, la Commissione europea conferma che le parti sociali, fra tutti i soggetti della società civile, hanno un ruolo e un'incidenza particolari, scaturente dalla natura stessa degli interessi che esprimono, legati al mondo al lavoro e che per la composizione dei quali sono legittimate a trattare. Per questo sono titolari di un vero e proprio dialogo sociale autonomo, vale a dire negoziare in modo indipendente accordi che potranno diventare, su loro richiesta, norme di diritto pubblico³².

Perché la produzione normativa privata possa tramutarsi in una legittima iniziativa legislativa, essa deve muoversi nell'ambito dei recinti che gli stati hanno voluto costruire attorno al diritto comunitario ovvero allo spazio di azione concesso alle strutture del potere pubblico sovranazionale³³. Solo in quegli ambiti l'ordinamento comunitario è sovraordinato a quello nazionale. Gli argini costituzionali degli stati membri e le attività dei parlamenti nazionali agiscono da scudo alle "invasioni di campo" comunitarie³⁴.

Ciò non condanna all'irrelevanza la produzione contrattuale o negoziale di soggetti privati in un contesto transnazionale, semmai ne fa una formazione di scopo. Semplicemente qui si vuol sottolineare che la produzione normativa privata, quando chiamata a concorrere con quella pubblica per il raggiungimento di obiettivi di ordine generale, può essere idonea allo scopo solo se conforme agli obiettivi e alle politiche di pertinenza comunitaria e compatibile con l'ordinamento comunitario. Non solo. Difficilmente, la produzione normativa privata può sottrarsi al linguaggio del diritto comunitario e alle esigenze di necessità, proporzionalità, sussidiarietà, trasparenza, accountability, accessibilità, semplicità. Di qui la necessità di dialogare costantemente con il detentore dell'iniziativa legislativa, in primis, e quindi con la burocrazia che detiene il primato per la conservazione dell'unicità del linguaggio comunitario. Per converso, le stesse istituzioni, quando chiamate dai trattati al coinvolgimento di gruppi di interesse individuati, come le parti sociali nel titolo X sulle politiche sociali del TFUE, devono far sì che questi vincoli non ostino il raggiungimento degli obiettivi che il trattato si pone (valorizzazione del dialogo sociale per la co-produzione normativa nelle materie di cui all'articolo 154 TFUE).

Ma è illusoria la visione di chi vede in questi enunciati un affrancamento del dialogo sociale agli imperativi della better regulation. La better regulation è una sfida per il sindacato che opera in una dimensione sovranazionale. Il sindacato può legittimamente aspirare a "pesare" la propria opinione³⁵ ma per sottrarsi alle critiche di neo-corporativismo³⁶, gli è richiesto uno sforzo ulteriore

³² Titolarità che riemerge nella funzione "traspositiva", se non del contratto collettivo almeno, in un atto di indirizzo concordato dalle parti sociali e rivolto al legislatore nazionale, perché la norma europea possa meglio adattarsi a situazioni specifiche nazionali. Si fa qui sintesi di due documenti comunitari: Commissione europea, La Governance europea – Un Libro bianco (COM/2001/438 def.) del 12 ottobre 2001 e Il dialogo sociale europeo, forza per modernizzazione e cambiamento (COM/2002/0136 def.) del 26 giugno 2002.

³³ Nella Comunicazione che predispose una proposta di Direttiva del Consiglio che attua l'accordo europeo concluso tra la European Barge Union (EBU), l'Organizzazione europea dei capitani (ESO) e la Federazione europea dei lavoratori dei trasporti (ETF) concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro nel trasporto per vie navigabili interne (COM/2014/0452 final - 2014/0212 (NLE)) la Commissione riconosce che è prerogativa della parti sociali richiedere alla Commissione europea di elaborare una proposta di Direttiva che abbia come contenuto l'accordo sottoscritto dalle parti sociali europee ai sensi dell'articolo 155 ma ritiene che la Commissione debba "valutare l'opportunità di un'azione dell'UE nel settore" a tal fine redige un'analisi di conformità e di impatto e si assegna la facoltà di proporre o non proporre l'attuazione della dell'accordo in base ad una decisione del Consiglio. Esclude invece la facoltà di poter cambiare o emendare il testo dell'accordo.

³⁴ Vedi Protocollo 2 al TUE

³⁵ Chi sperimenta i percorsi della consultazione, dalla stesura dell'impact assessment, alle consultazioni pubbliche, fino alla lobby per gli emendamenti alle proposte definite e discusse dai soggetti legiferanti, ha consapevolezza che quest'azione di pesatura non è praticata



di disclosure del mandato e quindi di trasparenza e *accountability* permanente quando la “rappresentanza” siede ai tavoli della consultazione e della negoziazione. Il Trattato sembra esentare le parti sociali europee che beneficiano delle prerogative assegnategli negli articoli 152 e segg. dalla valutazione di rappresentanza e rappresentatività costante ed esclusiva che, peraltro, le pone in una situazione di vantaggio solo, e solo se, agiscono insieme, ovvero tramite accordi³⁷.

Inoltre, il ruolo impone anche la necessità di un paradigma relazionale con le istituzioni costruito sulla dialettica costruttiva piuttosto che su una dialettica a parti contrapposte, ancor peggio sul conflitto perenne.

Nella logica di Maastricht, la CES o le federazioni sindacali europee di settore, quando chiamate a partecipare alla regolamentazione europea, non hanno bisogno di rivendicare la propria rappresentanza finché sono al tavolo con la controparte datoriale. Il mutuo riconoscimento e le regole quadro predefinite alla fine degli anni '90 operano in modo efficace. Diversa la percezione del sindacato quando opera in assenza di controparte datoriale. In questo caso, nelle consultazioni con il potere pubblico comunitario, la posizione del sindacato europeo conta come una voce ed è, nei fatti, raramente pesata in funzione della rappresentanza e del fatto che sia a democratic membership-based organisation, come usano dire gli anglosassoni (organizzazione a base democratica con struttura associativa).

Se questo rende comprensibili le doglianze del movimento sindacale europeo, va comunque ricordato che l'ambita rappresentanza generale della classe lavoratrice europea³⁸ deve essere una conquista perenne e conquistata in un'arena politica, quella europea, che non è disposta, almeno in un'ampia area culturale e politica, recentemente affermatasi, ad accettare questo monopolio della rappresentanza.

Per apprezzare la formazione della norma comunitaria è necessario individuare i motivi di esistenza della stessa UE. La UE promuove la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli e lo fa perseguendo tre obiettivi entro i quali si incardinano tutte le politiche corollario di questi tre obiettivi: offrire ai cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone; instaurare un mercato interno; istituire un'unione economica e monetaria la cui moneta è l'euro. Tutto si muove in questi tre ambiti di intervento. Anche la politica sociale.

Questo sfugge ai più. Tanto è frequente nei cittadini europei l'istinto di identificare lo spazio di azione delle istituzioni comunitarie con quello degli stati.

La Commissione europea agisce per contenere il potere regolatorio delle istituzioni comuni nei limiti delle competenze che gli stati hanno voluto assegnarvi, al contrario cerca di estendere il proprio campo di azione per raggiungere gli obiettivi fissati dai trattati. E' pacifico che la UE è legittimata ad agire nelle aree ad essa attribuite come competenza esclusiva. Nelle materie concorrenti, essa valuta la necessità e la profondità di un eventuale intervento comunitario: non può

³⁶ Le accuse di neo-corporativismo che aleggiavano sul ruolo che i trattati assegnano alle parti sociali possono essere ricondotte alla ideologia che esalta la preferenza nazionale e si propone di ricondurre nell'alveo del potere sovrano degli stati la sovranità che gli stati avevano deciso di condividere nelle istituzioni comunitarie. Su questo punto vedi S.BARTOLINI, *Restructuring Europe: Centre Formation system building, and political structuring between the nation state and the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2005.

³⁷ La specificità del ruolo delle parti sociali è riconosciuto in diverse fonti comunitarie tra cui il progetto intersittuzionale Legiferare meglio del Parlamento europeo e del Consiglio e della Commissione (2003/C 321/01) al punto 19; nella nota 7 della Comunicazione 704 del 2002, si fa riferimento alla rappresentatività che determina. Sulla rappresentatività del tavolo negoziale, vedi oltre.

³⁸ Del resto la CES rivendica di rappresentare tutti i lavoratori europei senza aver sciolto il nodo che tradizionalmente distingue nel mondo sindacale organizzazioni che culturalmente interpretano il proprio ruolo di sindacato a beneficio di tutta la classe lavorativa e coloro che invece ritengono di dover rappresentare i propri membri.



il burocrate porre la sollecitazione del cittadino (per il tramite della democrazia partecipata) innanzi al mandato che quegli stessi cittadini hanno voluto a lui arrecare per il tramite della propria rappresentanza politica (soprattutto i poteri pubblici nazionali che hanno potere di firma e/o ratifica dei trattati dell'UE). Il potere pubblico comune si astiene dal legiferare nelle aree di esclusiva competenza degli stati.

Il burocrate europeo ha quindi il difficile compito di gestire un doppio gioco di forze antagoniste: il self-restraint cui egli si sottopone, per essere rispettoso del mandato ricevuto, si confronta con una naturale tendenza di ogni potere costituito ad espandere il proprio raggio di azione; vi è poi una dicotomia tra le sollecitazioni proposte dalla rappresentanza politica e quelle veicolate dalla democrazia partecipata, ovvero dai cittadini direttamente o organizzati in strutture di rappresentanza non politica. Eppure quel canale diretto con i cittadini va tenuto aperto e anzi coltivato perché è egli, il burocrate, veicolo di quei valori del dialogo che fanno l'architettura istituzionale europeo un complesso pienamente democratico.

Nella cassetta degli strumenti del burocrate comunitario appaiono quindi concetti come co-regolamentazione, autoregolamentazione, astensione dalla regolamentazione, convergenza di sistemi nazionali, cooperazione tra ordinamenti e mutuo riconoscimento. Tutte tecniche di governo e regolamentazione delle aree di competenza comunitaria che determinano materialmente il principio di proporzionalità cui il legislatore comunitario è soggetto.

Lo stesso principio di sussidiarietà non si esprime solo nella sua dimensione verticale (le decisioni sono prese quanto più prossimamente possibile al cittadino) ma anche nella sua dimensione orizzontale, che spinge il potere europeo ad astenersi dall'intervenire negli ambiti in cui il cittadino, o meglio le sue associazioni, sente di poter autoregolamentare le proprie relazioni socio-economiche³⁹.

Per chi si occupa di politiche del lavoro, le tecniche di *co-regulation* e *self-regulation* sono molto rilevanti, per via della tradizione occidentale legata alla pluralità delle fonti nella formazione del diritto del lavoro (almeno fino alla configurazione a 15 dell'UE), patrimonio costituzionale condiviso e quindi appartenente all'ordinamento comunitario.

Una tradizione che per molto tempo ha convissuto con il disegno neoliberale dell'Unione. Per azzardare un accostamento storico si può affermare che la rimozione delle disparità precostituite nella posizione di chi agisce nel mercato è motivo di azione dell'Unione europea, tanto da far ritenere che quel concetto di "economia sociale di mercato", voluto nei trattati, è tanto renano da richiamare il pensiero weimariano del "superamento del principio individualistico" a favore della "affermazione del primato sociale e della sostituzione di una concezione sostanziale di eguaglianza a quella puramente formale invalsa nelle costituzioni dell'ottocento⁴⁰".

Recentemente, a questa visione collettiva sociale si oppone una visione in cui l'uomo è "centro unico". Su ogni uomo converge il suo solo suo piccolo interesse. L'uomo deve essere "solo" ed il suo pensiero è tanto più importante nella sua singolarità e nella democrazia partecipativa egli si espone nella sua individuale interezza. Il pensiero collettivo è somma di una moltitudine di pensieri e non è mai un pensiero che è sintesi della moltitudine e quindi più complesso e più bello.

³⁹ Romagnoli, commentando il modello dell'ordinamento intersindacale, in cui parte della dottrina italiana si riconosce, ci ricorda che non-ingerenza e non-interferenza sono principi per i quali "la società produce diritto" e "la giuridicità non è più un emanazione della sovranità statale". (in U. ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro*, Donzelli, Roma 2009, pag. 57 (citando O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in Riv. It. Dir. Lav., 2001). E' bene qui ricordare che ci muoviamo in un ambito culturale in cui solo una parte della dottrina giuslavoristica europea si riconosce.

⁴⁰ E' un concetto che riprende Romagnoli in *Giuristi del lavoro*, citando C.MORTATI, *Introduzione alla costituzione di Weimar (1946)*. Giuristi del lavoro, Donzelli Editore, Roma, 2009. Come si vedrà oltre, la dimensione sociale europea avrebbe dovuto primeggiare insieme ad altre politiche, con pari dignità. Oggi invece la dimensione sociale europea propone un percorso in cui ragioni del mercato e ragioni del sociale competono per primeggiare l'una sull'altra.



Tutto questo ha un corollario. Nella tecnica normativa deve trasfondersi il *modus operandi* del legislatore. Il postneoliberista non è in grado di affrontare un sapere collettivo ma sa affrontare la folla. Egli non accetta che il pensiero collettivo è più forte perché è già mediato e ci si riconosce un numero indefinito di soggetti. Quando questo numero di soggetti è molto ampio, come ad esempio nel sindacato confederale italiano, addirittura il pensiero collettivo è talmente pressante da divenire esigenza politica. Ma questo travalica la comprensione del postneoliberale che lo vede come imposizione. Per lui, il luogo di lavoro è un luogo dove le persone condividono la quotidianità e pertanto si litiga. I frequentatori dei posti di lavoro, imprenditori, dirigenti, impiegati ed operai, non sono capaci di una coscienza collettiva (la si nega a priori) ma sono protagonisti di piccole beghe da ricomporre. Anche la tecnica normativa non è di ampio respiro. Non si tratta di determinare interazioni tra soggetti che possono avere addirittura effetti macroeconomici (es. determinare i salari in quadri relazionali ordinati e predefiniti applicabili ad una moltitudine di rapporti di lavoro e quindi determinare trend macroeconomici rilevanti) o costruire diritti fondamentali. Questo darebbe alla giurisdizione del lavoro un valore extraprivatistico e sconfinerebbe nel pubblicistico. Ma per il neoliberista è l'orrore.

Ovviamente sono i valori che entrano di prepotenza nel discorso. Per alcuni, sono i valori i canoni della convivenza, fino ai suoi atti costitutivi, che reclamano una visione di giustizia sociale fondata sull'uguaglianza sostanziale. Per altri, questi stessi valori appartengono ad una cultura giuridica che evolve a un ritmo così lento da essere ormai un anfratto retrotemporale in una società che quella cultura l'ha già risposta in un cassetto⁴¹. Quest'ultima propone un approccio alle relazioni di lavoro di tipo consensualista in cui il contratto individuale si libera dalla oggettivizzazione delle fonti eteronome. E' questa la cultura che ha dominato l'Europa dagli inizi del nuovo millennio tanto che la legislazione delle condizioni di lavoro si è arrestata, sottoposta a Refit⁴², condizionata dalla valutazione costi/benefici. In questa visione, le misure di giustizia sociale sono derogabili individualmente al punto che l'integrità della salute del lavoratore nella determinazione dell'orario di lavoro presuppone il sacrificio della fonte collettiva a vantaggio dell'*opt-out* individuale.

Il REFIT è un capitolo del programma dalla Commissione europea⁴³ che promette la messa a punto di tutta la legislazione europea secondo i parametri valutativi della *better regulation*. E' lo strumento di valutazione *ex-post* che esalta il potere di iniziativa legislativa detenuto dalla Commissione europea (vedi sopra) che può determinare la rinegoziazione della legislazione sotto processo legislativo, ritiro di proposte pendenti, revisione dell'attuale *acquis*. La sua struttura comprende l'individuazione di gruppi di lavoro nazionali, attivati dai governi, e di strutture europee, attivate dai soggetti decisionali e consultativi dell'UE. Tali strutture hanno il compito di effettuare una valutazione di efficienza dell'attuale legislazione nazionale secondo uno schema valutativo costi/benefici. Ancora una volta appare poco chiaro chi è il soggetto sul quale vengono misurati i costi ed i benefici. Se il centro dei costi e dei benefici è spesso individuato nelle pubbliche amministrazioni, nello svolgimento del compito, il programma di REFIT tende a concentrare l'attenzione sull'impresa e la competitività. I gruppi al lavoro vengono istruiti per individuare gli eccessivi carichi amministrativi e regolatori e per fornire alla Commissione indicazioni chiare, precise, ben argomentate e supportate da prove sostanziali su come "aggiustare" (è questo il significato italiano del termine REFIT) le norme sospettate di inefficienza.

Il progetto di REFIT è accompagnato, come quello di *better regulation*, da una serie di direttive di tipo manualistico mirate ad uniformare le valutazioni delle strutture che operano dal livello

⁴¹ Traggio ispirazione da U.ROMAGNOLI, *Giuristi.. cit.*

⁴² Vedi *infra*

⁴³ Oltre a quelle citate nei paragrafi precedenti, vedi in particolare due comunicazioni. La Comunicazione (2012)746 final EU Regulatory Fitness del 12 dicembre 2012 e la Comunicazione (2015) 3260 final The REFIT platform. Structures and Functioning del 10 maggio 2015.



nazionale a quello europeo. La metodologia proposta dalla Commissione ha l'ambizione di fare dell'ordinamento europeo un esempio di regolazione intelligente (*smart regulation*). E' un modo di rendere oggettivizzante il carico valoriale di chi detiene l'iniziativa legislativa che ha il curioso effetto di porre fuori dall'ambito dell'intelligenza coloro che interpretano il legiferare europeo e nazionale secondo criteri diversi da quelli proposti dalla Commissione europea. Come abbiamo visto, la Corte di giustizia europea "copre" questa centralità alla Commissione europea in quanto custode dei trattati. In materia lavoristica, sono cadute nella rete del Refit alcune direttive che coprono i diritti di informazione e consultazione dei lavoratori, le direttive sul distacco transnazionale dei lavoratori, le direttive in materia di salute e sicurezza⁴⁴.

Soffermiamoci sul *refit* delle direttive in materia di informazione e consultazione dei lavoratori. Mentre la direttiva che istituisce i comitati aziendali europei è ritenuta "intelligente" alcune deficienze sono state individuate nella direttiva quadro che assegna diritti di informazione e consultazione ai dipendenti, nella direttiva sui licenziamenti collettivi e nella direttiva sui trasferimenti d'azienda⁴⁵.

La valutazione muove lungo quattro direttrici: rilevanza, efficacia, efficienza e coerenza. La performance delle tre direttive è carente⁴⁶ in termini di efficacia ed efficienza. L'efficacia è ritenuta insufficiente riguardo l'esigibilità del diritto da parte dei lavoratori, in particolare per quanto attiene la consultazione. L'efficienza risulta carente soprattutto a causa della trasposizione incoerente o imprecisa da parte degli stati membri.

Ciò che non è detto nelle analisi proposte nei documenti di analisi della Commissione europea è che la legislazione europea non si è mai avventurata nel campo della rappresentanza dei lavoratori, lasciando agli ordinamenti nazionali il compito di individuare il soggetto titolare dei diritti di informazione e consultazione dal lato dei lavoratori. Ciò ha comportato che gli ordinamenti nazionali hanno distribuito tali diritti tra attori diversi (comitati di impresa, comitati di gruppo, delegati sindacali aziendali, sindacato territoriale o nazionale, comitati di impresa europei) creando una duplicazione delle sedi dell'informazione e della consultazione e lasciando l'impresa in una sostanziale incertezza nelle modalità con cui possano ritenere assolto l'obbligo di informare i dipendenti in occasione di specifiche decisioni strategiche⁴⁷.

Se da un lato ciò possa apparire vero, ciò che non convince è la scelta di procedere ad una "fusione" delle tre direttive sulla base del solo obiettivo di razionalizzare i diritti all'informazione e alla consultazione dei dipendenti. Per essere intelligente la valutazione non può esimersi da un approfondimento analitico che stabilisca strutture e funzioni dei soggetti che esercitano i diritti all'informazione e alla consultazione nelle fattispecie individuate dalle tre direttive. La direttiva 2002/14 individua un quadro generale per l'informazione e la consultazione dei dipendenti sulle scelte strategiche imprese che impattano il lavoro. Le altre due invece proceduralizzano il potere decisionale dell'impresa in situazione di crisi al fine di inserire nel processo decisionale le pubbliche autorità e la rappresentanza dei lavoratori. In questo ultimo caso i diritti di informazione e consultazione sono finalizzate al raggiungimento di un accordo e quindi è più saldo il legame propedeutico tra diritti di informazione e consultazione e negoziazione.

⁴⁴ La lista degli atti normativi oggetto di analisi approfondita è nello scoreboard al punto 9 della Comunicazione Staff Working Document della Commissione europea Regulatory Fitness and Performance Programme (REFIT): State of Play and Outlook. SWD (2015)110 final.

⁴⁵ Direttiva 98/59/EC sui licenziamenti collettivi, Direttiva 2001/23/EC sui trasferimenti di impresa e Direttiva 2002/14/EC su unquadro general eper l'informazione e la consultazione dei dipendenti.

⁴⁶ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT 'Fitness check' on EU law in the area of Information and Consultation of Workers SWD(2013) 293 final

⁴⁷ Anche su questo tema la bibliografia è ampia. Per un'indagine comparativa vedi M. CILENTO Rafforzare il coinvolgimento dei lavoratori nelle PMI. L'esempio del settore costruzioni (A cura di), Edizioni lavoro, 2013.



Se ne ricava che nelle direttive in materia di crisi di azienda, il legislatore comunitario abbia voluto privilegiare una gestione collettiva della situazione di crisi al fine di mitigare gli effetti della decisione aziendale sul territorio e sui dipendenti. Questo obiettivo invece non attiene alla direttiva quadro sui diritti di informazione e consultazione che vuole invece introdurre elementi di democrazia industriale nel governo di impresa.

Accomunare le tre direttive in un programma di razionalizzazione dei diritti di informazione e consultazione dei dipendenti comporta una difficile valutazione di tre atti legislativi che hanno ratio differenti. Le strutture che esercitano i diritti di informazione e consultazione nelle situazioni di crisi di impresa sono tali perché svolgono funzioni precise, ovvero quelle del dialogo con imprese e autorità locali e sono votate alla negoziazione. Le strutture della democrazia del luogo di lavoro attengono invece al continuo scambio che dirigenza e lavoratori intraprendono per una gestione comune e controllata del luogo di lavoro e di condivisione delle scelte strategiche aziendali. In questo caso prevalgono le rappresentanze elettive.

Il percorso di REFIT delle tre direttive non può sottrarsi alla riscrittura di strutture e funzioni dei soggetti della rappresentanza e avere quindi un forte sentore valoriale rispetto alla funzione della contrattazione collettiva per mitigare degli effetti sociali delle ristrutturazioni aziendali. Non un percorso neutro quindi, ma un percorso legislativo che potrà avere effetti sulla determinazione delle prerogative sindacali nella gestione di eventi traumatici come i licenziamenti collettivi e i trasferimenti di azienda.

Il momento storico non è ininfluente. Del resto i concetti nella scienza giuridica sono contestuali al momento storico in cui vivono. E l'attuale momento storico assegna grande attenzione ai costi che le imprese sostengono per riconvertirsi, recuperare competitività, più in generale far fronte alla crisi economica. Il paradigma valoriale è quello espresso nei paragrafi precedenti: atomizzare le relazioni lavorative a discapito dei momenti di negoziazione collettiva, attraverso una progressiva sostituzione della tutela reale con la remunerazione economica del danno subito.

Per intuirne il lato pratico dell'operazione di REFIT proposta dalla Commissione europea si può fare riferimento alla vicenda della normativa italiana sui licenziamenti collettivi. I recenti interventi normativi in materia di licenziamento individuale tendono appunto a moritificare la definizione per contratto collettivo della posizione individuale dei lavoratori coinvolti in crisi aziendali. Nel momento in cui la violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, definiti per accordo collettivo, è sancita non con strumenti di tutela reale ma di compensazione a fronte del diritto violato la norma italiana di pone al di fuori della lettera e dello spirito della direttiva comunitaria. Quest'ultima ha come fine ultimo proprio la valorizzazione del percorso negoziale per mitigare degli effetti sociali delle ristrutturazioni aziendali.

Vi è quindi un filo rosso che unisce le riforme nazionali e il processo di REFIT. Tale filo rosso dovrà essere oggetto di ulteriori approfondimenti della comunità scientifica per verificare la legittimità dei programmi di riforma nazionali e i profili di legittimità del programma di Refit quando questo va oltre i suoi obiettivi dichiarati. Ci si limita qui a porre la questione della reale desiderabilità di un processo legislativo che parli unicamente il linguaggio dell'economia (analisi costi/benefici) quando ci si potrebbe aspettare un maggiore investimento nella capacità di gestire la dimensione pluriordinamentale della legislazione comunitaria

Ed è proprio seguendo la cultura costituzionale dominante degli stati europei occidentali che la formazione della norma in materia lavoristica comunitaria deve trovare un nuovo *modus operandi* sul modello di interazione pubblico-privato in cui il contratto collettivo è norma privatistica ma di interesse pubblico, fino a fare delle parti sociali, in determinate condizioni, attori macroeconomicamente rilevanti⁴⁸. Secondo questo approccio, il legislatore comunitario non

⁴⁸ Come spiega bene P. LEON in *Il Capitalismo e lo Stato*, Lit, Roma, 2014.



potrebbe astenersi dal considerare la norma pubblica una norma a sostegno del potere di autoregolamentazione delle parti sociali, con interventi volti soprattutto a riequilibrare il potere negoziale delle parti affinché la norma di fonte contrattuale acquisisca quei caratteri di stabilità e durabilità che fa ritenere il potere pubblico soddisfatto e sicuro di poter contare su un ordinamento autonomo, autogenerato, che soddisfi il più ampio interesse generale alla pace sociale.

L'astensione dalla regolamentazione di fonte pubblicistica è un'opzione che dovrebbe prevedere per il decion-maker europeo la possibilità di contare sulle ipotesi di co-regolamentazione, di autoregolamentazione, di incentivazione.

Per l'ordinamento europeo, l'ordinamento autonomo lavoristico è semplicemente un ordinamento che non c'è. Affermazione vera se si considera la parte autodeterminata degli ordinamenti lavoristici nazionali non adeguata a completare il rapporto pubblico-privato nella formazione dell'ordinamento giuslavoristico comunitario. Non è adeguata perché, nell'operare di un mercato unico finalmente tale, le dinamiche di inclusione/esclusione sociale cambiano, sovvertono i paradigmi di economie quasi-chiuse nazionali. I soggetti che devono emanciparsi attraverso un'autonoma capacità di essere generatori di diritti di eguaglianza e dignità umana sono nuovi: pensiamo ai lavoratori che esercitano la libera circolazione, ai lavoratori in distacco transnazionale, ai lavoratori soggetti alla dislocazione produttiva delle multinazionali o delle catene produttive frammentate in più paesi, o anche alla portabilità transnazionale delle prestazioni sociali e all'estensione del concetto di cittadinanza che ne discende. Il che ci porta a dire che ci affanniamo a riformulare Trattati e Carte dei diritti, dimenticandoci della forza inclusiva che può avere la formazione pluri-fonte di diritto e gli strumenti di esigibilità dei diritti. Una forza che trova nella tecnica normativa il suo *modus operandi* ma che ha nei diritti fondamentali la sua ragion d'essere.

L'Unione europea è arrivata relativamente presto a definire i diritti sociali fondamentali (ad esempio la Carta dei diritti sociali fondamentali del 1989) ma relativamente tardi a farne diritti fondamentali di pari dignità dei trattati (come dimostra il percorso della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).