

**studi
germanici**



2
2013

Europa, Germania, lingua e metodo nel diritto transnazionale del lavoro¹

Michele Faioli

Se non dovessi tornare
sappiate che non sono mai
partito.
Il mio viaggiare
è stato tutto un restare
qua dove non fui mai.

Giorgio Caproni

Sul metodo di comparazione nel diritto transnazionale del lavoro. L'“e-norme” tra transnazionalità, traduzione e tradizione

Urta contro la natura delle cose ritenere che vi sia un “finito” delle norme nel diritto del lavoro. Al di là di quel finito, che è il diritto “vivente” del lavoro,² esiste ciò che possiamo chiamare “estroflessione” del medesimo diritto. Per essere più diretti, al di là di quel finito esiste l'“e-norme”, ciò che è fuori dal diritto del lavoro, ma che compone necessariamente l'asse su cui il diritto del lavoro si sviluppa.³ L'estroflessione del diritto del lavoro si ricollega a un metodo e, dun-

¹ Relazione introduttiva del convegno *Il diritto transnazionale: metodo, ermeneutica e traduzione* del 28 ottobre 2011, Seminario L.R. Levi Sandri, Istituto Italiano di Studi Germanici, Roma.

² In particolare nel sesto capitolo (Il “diritto vivente” come categoria ermeneutica), p. 141ss., vi è la nota n. 32 che spiega l'evoluzione della locuzione nel sistema tedesco, in quello statunitense e in quello italiano. È utile cogliere in tale elaborazione due osservazioni che serviranno successivamente in questo studio: la prima osservazione riguarda la distinzione tra *Law in Action*, sinonimo di diritto vivente, almeno per parte degli studiosi del tema, e *Law in Books*; la seconda osservazione attiene alla riflessione di Tullio Ascarelli, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 56, nota n. 2, il quale fa ricorso alla locuzione “diritto vivo” per descrivere la “forza formativa della realtà”.

³ Il pluralismo della società contemporanea, seguendo l'insegnamento di Mengoni, «non è più disposto a concedere acriticamente la verità delle premesse da cui il giurista deduce le sue soluzioni rivestendole nella forma sillogistica» [Id., *Problema e sistema nella controversia del metodo giuridico*, in «Jus» (1976), 1-2, pp. 3-40].



que, a un agire pratico. Del resto «il diritto non si può più fare partendo dal diritto: occorre muovere dal reale». ⁴ Quel reale è interpretato secondo un metodo e un agire pratico. ⁵

Metodo e agire pratico nel diritto dovrebbero riflettere valori. Ed è, seguendo una visione filosofica, ⁶ l'incompletezza dell'ordinamento della vita a determinare l'urgenza di un'integrazione produttiva o di una valutazione retta del caso concreto, che si trasforma in ermeneutica volta a concretizzare il diritto in quel caso specifico.

Ma, a questo proposito, si deve notare che metodo e agire pratico nel diritto, e in particolare nel diritto del lavoro, stanno gradualmente sostituendo il riferimento "norma/valore" con quello della "norma/virtù". C'è, infatti, un'ispirazione "areteica" del diritto del lavoro che proviene dall'Europa, con una tensione alla modernizzazione, ⁷ e dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), con una funzione del lavoro dignitoso (*decency at work*). ⁸ Ragionando su

⁴ Carlo Castronovo, *Luigi Mengoni, Dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, in «Jus» (2002), 1, pp. 77-78.

⁵ Perché l'interpretazione è un atto produttivo, secondo le teorie di Hans-Georg Gadamer, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano 1983 e di Paul Ricoeur, *Diritto, interpretazione, applicazione*, in «Ars interpretandi», Padova 1996. In questo senso Mengoni afferma che «il criptogiusnaturalismo della dottrina positivista, che occultava il nucleo morale del diritto positivo dietro un sistema di concetti formali, non è più praticabile» [Luigi Mengoni, *L'insegnamento del diritto nell'Università Cattolica*, in «Jus» (1997), 1, pp. 3-9].

⁶ Hans Georg Gadamer, *op. cit.*, p. 343.

⁷ Si vedano in particolare gli studi della scuola di Tilburg (Ton Wilthagen, *Balancing flexibility and security in European labour markets*, in Flexicurity paper, 2004-10, pp. 1-9; Ton Wilthagen, *The Flexibility-Security Nexus: New approaches to regulating employment and labour markets*, in Flexicurity research paper FXP 2003 - 2, pp. 1-30; Ton Wilthagen - Frank Tros, *The concept of "Flexicurity": A new approach to regulating employment and labour markets*, in Flexicurity paper 2003 - 4, pp. 1-20; Ton Wilthagen, *Flexicurity: A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?*, in Flexicurity Research Programme FXPaper, 1998 - 1, pp. 1-27) a cui hanno fatto prevalentemente riferimento le impostazioni europee contenute nel *Green Paper - Modernising labor law to meet the challenges of the 21st century* COM(2006) 708 final. Si vedano anche le elaborazioni in materia di prestazione di lavoro e tutele di Mark Freedland, *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, in «International Labour Review», 146 (2007), 1-2, pp. 3-18; Id., *Developing the European Comparative Law of Personal Work Contracts*, in «Comparative Labor Law & Policy Journal», 28 (2007), 3, pp. 487-499.

⁸ Rinvio a miei studi sul lavoro dignitoso: Michele Faioli, *Decency at work: della tendenza del lavoro alla dignità*, Nuova Cultura, Roma 2009.



questa ispirazione a carattere transnazionale (Europa e OIL), si coglie che nella cornice del nuovo diritto del lavoro è la “virtù” in senso solidaristico e comunitario a prevalere⁹ (id est, visione “areteica” del diritto) sul “valore” che ha nel tempo acquisito una dimensione statica e individualistica. Un richiamo alla virtù così intesa è nell’art. 4, 2° co., Cost., e poi negli artt. 36 e 38, 2° co., Cost..

Queste riflessioni, tuttavia, sono parte di un crinale di analisi che qui si può solo accennare, rinviando a altri studi il consolidamento di esse. L’analisi, in particolare, deve essere riportata al metodo nel diritto del lavoro. Ripercorrere gli studi sul metodo nel diritto del lavoro – e poi della comparazione giuridica – significa andare direttamente al problema sul futuro del diritto del lavoro,¹⁰ sicché tutte le osservazioni contraddistinte da interessanti apparati teorici, anche negli studi di diritto sindacale o correlati alla riflessione più generale del “fenomeno” del lavoro umano,¹¹ sono importanti.

⁹ In questo saggio si segue l’impostazione filosofica di Elisabeth Anscombe, *Modern Moral Philosophy*, in «Philosophy», 23 (1958), pp. 1-19 e di Alasdair MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, University of Notre Dame Press, University of Notre Dame Press, Indiana 2007 (ried.).

¹⁰ In particolare si vedano, tra gli studi più rilevanti, Luigi Mengoni, *op. cit.*; sulla elaborazione di Mengoni si vedano Luca Nogler, *L’itinerario metodologico di Luigi Mengoni*, in «Rivista di diritto civile» (2008), 1, pp. 39-68; Umberto Romagnoli, *Luigi Mengoni, precettore dialogante*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile» (2006), 2, pp. 397-419; Mario Napoli, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e d’umanità, cultore del diritto del lavoro*, in «Iustitia» (2002), 2, pp. 290-390; Tiziano Treu, *Ricordo di Luigi Mengoni, giurista del lavoro*, in «Jus» (2002), 1, pp. 29-35. Sui temi della comparazione giuridica, si vedano in particolare le osservazioni di Rodolfo Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, Parigi 1991.

¹¹ Senza pretesa di essere esaustivo, si veda Gino Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano 1960; Ubaldo Prosperetti, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Giuffrè, Milano 1958; Mattia Persiani, *Ricordando Massimo D’Antona, ancora sulla questione del metodo del diritto del lavoro*, in «ADL Argomenti di diritto del lavoro», (2004), 3, pp. 917-926; Id., *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in «ADL Argomenti di diritto del lavoro», (2000), 1, pp. 1-42; Massimo D’Antona, *L’anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale» (2009), 3, pp. 410-419; Silvana Sciarra, *Post positivista e pre globale. Ancora sull’anomalia del diritto del lavoro italiano*, in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 121 (2009), pp. 159-183; Raffaele De Luca Tamajo, *Massimo D’Antona, esperto “strutturista”: l’erosione dei pilastri storici del diritto del lavoro*, in «Giornale di diritto del lavoro e



Nel metodo si sdoppia lo sguardo tra attualità brucianti (l'ultimo ventennio per il diritto del lavoro è stato determinante per delineare ciò che oggi si studia) e dispositivi di più lontana allocazione. Se quello sguardo viene rivolto a raggiera sulle linee di tendenza del diritto (inteso qui nella speculazione più ampia), si possono notare almeno tre sperimentazioni: la prima, nel solco della tradizione analitico-giuspositivistica, è impegnata in operazioni di rigenerazione in ragione del diritto europeo,¹² la seconda è caratterizzata dal richiamo alla matrice filosofica germanica di rilievo ermeneutico,¹³ la terza è riferibile alla tendenza, anche filosofica, del de-costruzionismo.¹⁴

di relazioni industriali» 121 (2009), pp. 185-193; Luca Nogler, *op. cit.*, 2008. Si vedano anche le elaborazioni di John Thomas Dunlop, *Industrial relations systems*, Harvard Business School Press, Boston 1993; Richard Hyman, *Relazioni industriali e risorse umane. Quale metodo comparato per lo studio delle relazioni industriali?*, in «Diritto delle relazioni industriali» (2008), 3, pp. 727-747 nonché Jacques Rojot, *Relazioni industriali e risorse umane. La lezione del passato (replica a R. Hyman)*, in «Diritto delle relazioni industriali» (2008), 3, pp. 748-751.

¹² Per una recente ricostruzione della tendenza si veda Aurelio Gentili, *I concetti nel diritto privato europeo*, in «Rivista di diritto civile» (2010), 6, pp. 761-782.

¹³ Su questa impostazione si rinvia all'impostazione di Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Esi, Napoli 1992 (rist.) e alla intuizione sulla interpretazione traducente. In questo orizzonte si muove anche Giuseppe Benedetti con una serie di saggi che riportano gli sviluppi di questa impostazione. Tra quelli più recenti sul tema si v. Giuseppe Benedetti, *L'elogio dell'interpretazione traducente nell'orizzonte del diritto europeo*, in Pasquale Sandulli - Michele Faioli (a cura di), *Attività transnazionali. Sapere giuridico e scienza della traduzione*, Nuova Cultura, Roma 2011.

¹⁴ Gli esiti della scuola della Cornell University diretta da Rudolf Schlesinger sono relevantissimi. Dell'autore si veda *Comparative Law: cases, tex, materials*, Foundation Press, NY 1988. In questa prospettiva si veda Gino Gorla, *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Giuffrè, Milano 1954. In questa prospettiva si può collocare anche l'evoluzione teorica successiva di un gruppo di studiosi particolarmente vocato all'indagine del rapporto tra lingua e diritto. Tra i lavori più recenti si vedano: Barbara Pozzo - Marina Timoteo, *Europa e linguaggi giuridici*, Giuffrè, Milano 2008; Silvia Ferreri, *Armonizzazione europea: trovare le parole per non tradirla*, in «Contratto e impresa» (2007), 3, pp. 879-894; Gianmaria Ajani - Silvia Ferreri - Michele Graziadei, *Introduzione ai principi di diritto comunitario in materia di contratto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile» (2009), 1, pp. 271-278. Per una disamina molto più ampia sui lavori del medesimo gruppo si veda anche ISAI DAT Law Review (in www.isaidat.di.unito.it), in particolare *Special Issue 3: Complexity of transnational sources* nonché *Special Issue 2: Legal Culture and Legal Transplants*. Il che deve essere riferito alla teoria generale definita da Rodolfo Sacco.



In ciascuna di esse si può avvertire una fase di passaggio. Questa fase è data dal ruolo della lingua del diritto.¹⁵ Ciascuna linea di tendenza è segnata da una svolta linguistica. Per la linea di tendenza analitico-giuspositivistica, la lingua è la materia prima della norma; nella seconda linea si pone la base di una teoria generale dell'interpretazione, facendo riferimento a una certa lingua e a un certo dato culturale, e nella linea del de-costruzionismo si riflette sul conflitto tra concetti e lingua di espressione di quei concetti. La lingua è, dunque, l'epicentro delle tre tendenze. Tuttavia non esiste un primato della lingua del diritto, anzi, il rapporto tra lingua e diritto è nell'ordine mobile della storia e, seguendo la tradizione filosofica moderna,¹⁶ si può affermare che la lingua del diritto è nella storia, passa per una delimitazione geografica ed è sempre segnata dal dato cronologico.

Ma qual è il senso di questa impostazione teorica per il diritto del lavoro? Il diritto del lavoro nel sistema europeo e globale è tendenzialmente de-territorializzato o armonizzato secondo logiche de-territorializzanti.¹⁷ Ciò contraddistingue la transnazionalità del diritto

¹⁵ In questo senso si veda Richard Hyman, *Relazioni industriali: una prospettiva anglo-europea*, in «Diritto delle relazioni industriali» (2011), 3, pp. 722-736; per una ricostruzione più ampia del tema si veda invece Pietro Piovani, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto*, in *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, Giuffrè, Milano 1963.

¹⁶ Muovendo dalla riflessione di Vico (in particolare si veda Giambattista Vico, *La scienza nuova seconda*, in *La scienza nuova e altri scritti*, a cura di Nicola Abbagnano, UTET, Torino 1996; per gli studi su Vico si richiama Vincenzo Vitiello, *Vico. Storia, linguaggio, natura*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma 2008), si potrebbe delineare in via teorica una forma di immanentizzazione della lingua del diritto.

¹⁷ Il tema è stato spiegato da Silvana Sciarra, *Uno sguardo oltre la FLAT. Aspetti nazionali e transnazionali nella contrattazione collettiva della crisi*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro» (2011), 2, pp. 169-188, la quale evidenzia i fenomeni della de-territorializzazione e della ri-localizzazione della contrattazione collettiva; in questa prospettiva si veda anche Edoardo Ales, *Dal "caso FLAT" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in «Diritto delle relazioni industriali» (2011), 4, pp. 1061-1091, sottolinea sul fenomeno della cosiddetta aziendalizzazione del diritto del lavoro e delle relazioni industriali che «a livello transnazionale, il fenomeno della "aziendalizzazione" si è potuto sviluppare in via autonoma proprio in considerazione del contesto anomico o, comunque, privo di regole uniformi, sopra descritto, trovando limite, al momento, nelle resistenze opposte dagli ordinamenti giuridici e dai



del lavoro,¹⁸ imponendo a questa transnazionalità la “traduzione” del diritto e, dunque, il “portare oltre” determinati confini (non solo geografici) il diritto.¹⁹ Anzi, la traducibilità del diritto e la transnaziona-

sistemi di relazioni industriali nazionali (le “comunità di riferimento” tradizionali), sui quali le norme elaborate dalla nuova “comunità di riferimento” sarebbero destinate a incidere in considerazione del luogo fisico di svolgimento della singola prestazione lavorativa. La “aziendalizzazione” si è trovata, dunque, di fronte, un ostacolo “applicativo”, di difficile superamento in assenza di una apertura ricettiva, implicita o esplicita, da parte delle “comunità di riferimento” tradizionali (ordinamento giuridico nazionale, sistema di relazioni industriali di categoria produttiva o intercategoriale) o di un intervento da parte del legislatore comunitario (quale quello evocato nella Agenda Sociale 2005-2010) volto ad affermare la prevalenza della norma transnazionale su quella nazionale». Sulle cause di questi fenomeni si veda Raffaele De Luca Tamajo, *Riforme (im)possibili del diritto sindacale*, in «Diritti lavori mercati» (2011), 1, pp. 1-5, nonché Adalberto Perulli, *Il caso FIAT: una crisi di sistema? Delocalizzazione produttiva e relazioni industriali nella globalizzazione. Note a margine del caso FIAT*, in «Lavoro e diritto» (2011), 2, pp. 343-361.

¹⁸ Sulla nozione di diritto transnazionale si può far riferimento agli scritti di Peer Zumbansen, *Transnational Law*, in «CLPE Research Paper» (2008), 9, pp. 1-23, il quale, riscoprendo l'insegnamento del giudice della Corte internazionale di giustizia Philip C. Jessup, *The Concept of Transnational Law: An Introduction*, in «Columbia Journal of Transnational Law» (1963), 2, p. 31ss., afferma che per diritto transnazionale si deve intendere ciò che è utile «to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories».

¹⁹ Si richiama in questo senso lo studio condotto da Lance A. Compa, *A Strange Case. Violations of Workers' Freedom of Association in the United States by European Multinational Corporations*, in www.hrw.org il quale rileva una serie di violazioni da parte di multinazionali europee delle norme di diritto sindacale transnazionale/internazionale applicabili anche negli stabilimenti statunitensi. Ma l'aspetto più interessante della transnazionalità/traducibilità del diritto del lavoro ricade in ambito europeo sui casi Viking, Laval, Ruffert, Lussemburgo, Repubblica tedesca. Per i commenti della dottrina si vedano: Massimo Pallini, *Gli effetti positivi sulle performance del mercato del lavoro quale condizione di compatibilità della norma nazionale con il diritto positivo*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro» (2011), 3, pp. 449-462; Silvana Sciarra, *Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty*, in «Industrial Law Journal» 39 (2010), 3, pp. 223-243; Umberto Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari 2009; Anne Davies, *One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ*, in «Industrial Law Journal», 37 (2008), 2, pp. 126-148; Andrea Sitzia, *Profili attuali del diritto sindacale nel settore privato*, in «Il Lavoro nella giurisprudenza» (2010), 6, pp. 610-619; Mattia Bosio, *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche nella sentenza Laval*, in «Giustizia civile» (2010), 6,



lità del diritto sono aspetti della medesima vicenda: il diritto transnazionale è necessariamente traducibile, il diritto traducibile è sempre transnazionale. Qui la lingua perde qualunque connotazione qualificativa del diritto.

Metodo e agire pratico “pre-strutturali”

Il tema è, dunque, posto: se non esiste una funzione della lingua nel diritto (e, ai fini di questo studio, nel diritto del lavoro), allora si deve far riferimento a un metodo e a un agire pratico “pre-struttu-

pp. 321-333; Ivan Ingravallo, *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, in «La Comunità Internazionale» (2008), 4, pp. 641-662; Bruno Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?* (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking), in «Rassegna di diritto pubblico europeo» (2008), 2, pp. 11-59; Filip Dorssemont, *L'esercizio del diritto all'azione collettiva contro le libertà economiche fondamentali dopo i casi Laval e Viking*, in «Diritti lavori mercati» (2008), 3, pp. 493-542; Matteo Corti, *Le decisioni Itf e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro» (2008), 2, pp. 249-286; Azzurra De Salvia, *Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Viking e Laval*, in «ADL Argomenti di diritto del lavoro» (2008), 3, pp. 792-810; Silvana Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in «Lavoro e diritto» (2008), 2, pp. 245-272; Maria Vittoria Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, in «Lavoro e diritto» (2008), 2, pp. 371-392; Giovanni Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali» (2008), 2, pp. 237-289; Angelo Zoppoli, *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di Giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata)*, in «Diritti lavori mercati» (2008), 1, pp. 151-162; Umberto Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali» (2008), 1, pp. 147-167, e Id., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari 2009; Tonia Novitz, *The impact of Viking and Laval. Contesting the social function and legal regulation of the right to strike*, in Edoardo Ales-Tonia Novitz (a cura di), *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe. Striking a Balance*, Intersentia, Antwerp-Oxford 2010; Andreas Bucker-Wiebke Warnek (a cura di), *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Ruffert*, Nomos, Baden-Baden 2011 nonché il fascicolo 131 di DLRI, 2011, con scritti di S. Sciarra, J. Malmberg, N. Bruun, G. Orlandini, A. Lo Faro, R. Zahn e B. De Witte. Rinvio anche al mio saggio *Effettività del diritto del lavoro e tutela del lavoro all'estero*, in «Massimario di giurisprudenza del lavoro» (2009), 8/9, pp. 675-682.



rali” rispetto al diritto stesso.²⁰ Si ritorna, pertanto, al punto di partenza: il metodo e l’agire pratico incidono sul diritto. E ciò permette di avvicinarsi a coloro che ritengono che l’approccio giuridico debba essere aperto e non strettamente riconducibile a un contesto specifico («the less a legal approach is positivistic and context-specific, the more it circulates»²¹).

Il metodo viene riportato all’ermeneutica finalizzata alla traduzione, la quale è un paradigma del diritto, anche nel senso di approccio pragmatico al caso specifico.²² Se vi è la possibilità di comparare, e dunque tradurre giuridicamente, allora esiste un trasferimento di senso o una esportabilità di concetti (per alcuni sino a

²⁰ È l’esperienza della Corte europea di Giustizia. Sul punto si rinvia alle osservazioni critiche di Gerard Conway, *Levels of Generality in the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, in «European Law Journal» 14 (2008), 6, pp. 787-805 [in particolare «The level of generality or of abstraction used to describe a precedent, a right, or the legislative intent behind a statutory provision or constituent purpose behind a constitutional provision can have a decisive impact on the outcome of a case. Characterizing it in narrow terms has the effect of reducing the scope of decision of a judgment; conversely, a broader characterization provides more leeway for a judge in a case to encompass its facts within the precedent, right or purpose in issue. The issue raised by the level of generality problem is the extent to which courts have a discretion or freedom of manoeuvre as to the level of generality they decide upon, and thus whether generality and abstraction are manipulable in the hands of judges and are not really predetermined by the legal sources in question or an established judicial method of interpretation. Uncontrolled judicial discretion of this kind is problematic from the point of view of the rule of law and democracy, especially when adjudication concerns constitutional provisions, the equivalent in the EU being interpretation by the European Court of Justice (ECJ) of the EU Treaties; reversal of ECJ interpretation through Treaty amendment is particularly difficult to achieve because it requires unanimous coordination by the Member States»]. Si veda anche Alec Stone Sweet, *The European Court of Justice and the Judicialization of EU Governance*, in *Living Reviews in EU Governance*, in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1583345> nel quale si ritrova che «The European Court, a Trustee of the Treaty system rather than a simple Agent of the Member States, operates in an unusually broad zone of discretion, a situation the Court has exploited in its efforts to enhance the effectiveness of EU law [...] the extraordinary impact of the European Court of Justice, and of the legal system it manages, on the overall course of market and political integration».

²¹ Ugo Mattei, *The Rise and Fall of Law and Economics. An Essay for Judge Guido Calabresi*, in «Maryland Law Review» 64 (2005), pp. 220-235.

²² François Ost, *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, Parigi, 2009.



ipotesi di «legal transplants»²³. Il metodo si assottiglia, giungendo a un punto di irriducibilità: i significati per interpretare il diritto vengono negoziati in precedenza e su questa via si superano il problema del “simile/dissimile” nell’approccio al dato giuridico²⁴ nonché la misura della “quantità/qualità” da interpretare e tradurre.²⁵ Per questa ragione la traduzione del diritto non può essere intesa alla stregua di un’opera di ri-concettualizzazione, anche perché sarebbe del tutto inutile,²⁶ e neanche di un processo di ermeneutica particolaristica o soggettivistica, per precomprensioni.²⁷

Ci si incammina per una via di negoziazione di significati di sostanza, i quali, diventando irriducibili, pre-strutturali e comuni, sono volti a superare il significato locale, unidimensionale, o anche da lingua franca.²⁸

²³ Si rinvia alle relazioni del XVIII Congresso internazionale di diritto comparato, Washington DC, 2010, contenute nel volume a cura di Jorge A. Sanchez Cordero, *Legal Culture and Legal Transplants*, in «ISAIDAT Law Review» (2010), 1, p. 2.

²⁴ Mitchell Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Study of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford 2004.

²⁵ Annelise Riles, *Wigmore’s Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information*, in «Harvard International Law Journal» 40 (1999), p. 221ss, la quale afferma «Any amount of contextual detail that the comparativist might provide seems insufficient, and yet every amount of detail threatens the possibility of comparing across different systems».

²⁶ Alf Ross, *Imperatives and Logic*, in «Theoria» (1941), p. 53ss. ritiene che i concetti siano formule semanticamente vuote, utili per collegare antecedenti di fatto a comportamenti conseguenti. Sono formule necessariamente aperte ai mutamenti della legge.

²⁷ Sulle teorie di interpretazione per precomprensione si veda Rodolfo Sacco, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947 (rist. 2003), e Joseph Esser *et al.*, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Camerino 1983. Per gli studi di Sacco si veda anche Guido Alpa *et al.*, *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, in Rodolfo Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino 1999 (ivi parte IV, “L’interpretazione”, pp. 158-293).

²⁸ Si può cogliere in Edoardo Ales, *op. cit.*, 2011 un concetto utile a rafforzare questa idea. L’autore evidenzia che esiste una «aspirazione dell’impresa “sovrana” a divenire produttrice autonoma di norme e sistema autonomo di relazioni industriali al fine di giungere all’instaurazione di organization-based employment systems ovvero di sistemi di relazioni di lavoro calibrati sulla singola realtà organizzativa. Di qui, ancora, la coincidenza del “luogo” giuridico di produzione e di applicazione delle norme, tendenzialmente altro rispetto alle “comunità di riferimento” tradizionali».



Il metodo si arricchisce allora di una griglia di significati. Tra questi sono stati individuati almeno sette per la presente ricerca:

1. Il metodo è *appello analitico* al rispetto del sistema giuridico alieno o europeo. Non si deve pre-assumere l'irrilevanza o l'incongruenza del sistema giuridico altrui, o dei concetti/prassi di esso. Ogni sistema ha le proprie ricchezze, complessità e i propri spazi di potenzialità.

2. Il metodo è *complessità necessaria in prospettiva di un approccio olistico al sistema alieno*. Cultura, mentalità, istituzioni, professioni, università, media sono veicoli per definire il significante e il significato nelle operazioni di interpretazione/traduzione.

3. Il metodo è *rilevazione dell'antagonismo immanente*. Non esiste una visione unitaria delle vicende. Esiste una specie di antagonismo immanente in tutti sistemi giuridici, composto di attori che a vario livello interagiscono, determinando le sorti di istituti e prassi. Nel diritto del lavoro questo significato è centrale per l'elaborazione (si pensi al conflitto tra giudici, tra giudice europeo e giudice nazionale, o al conflitto tra organizzazioni sindacali, interno e esterno, al conflitto tra governo e organizzazioni sindacali).

4. Il metodo è *mondanizzazione dell'oggetto*. Il sistema giuridico evolve e simultaneamente resta fermo. Le istituzioni, i valori espressi dalla giurisprudenza, i miti e i simboli di un sistema difficilmente mutano. I valori o le norme che esprimono quei valori possono integrarsi, prevalendo in alcuni casi o soccombendo in altri. Il metodo deve seguire queste dinamiche.

5. Il metodo è *auto-riflessione sistemica*. Il metodo deve tener conto delle riflessioni sul diritto e sull'applicazione di esso provenienti da tutti coloro che lo manipolano. Dottrina, giurisprudenza, operatori, amministrazione pubblica, sindacato e altre istituzioni esprimono linee di tendenza a cui far riferimento nell'interpretazione/traduzione. Il che allontana il rischio di auto-comprensioni del sistema e, dunque, allontana il rischio dell'intraducibilità e del vizio ermeneutico.

6. Il metodo è *ingranaggio nel gioco tra interno e esterno del sistema*. Il metodo deve permettere delle vie di uscita dagli ingranaggi che non reggono più il passo dei tempi. Deve permettere l'adattamento del diritto al caso di specie. In questo si inserisce la riflessione sulle regole di interpretazione, sull'integrazione, sull'equità contrattuale, sul-



l'efficienza economica, sulla buona fede. Di più. Si inserisce qui la riflessione sul diritto giurisprudenziale europeo.

7. Il metodo è *storificazione delle emergenze*. Il contrasto tra emergenze sociali e legge è noto. Il metodo deve seguire quel contrasto, rilevando il percorso dell'emergenza e della legge che a quelle emergenze ha fatto fronte nel tempo. Nell'ambito europeo, e in quello di relazione tra il livello europeo e livello nazionale, questo contrasto è sempre più forte. È necessario, dunque, un metodo che abbracci il sistema nella sua interezza, nazionale o/e europea.

Questo metodo, però, pone il giurista di fronte alle problematiche che derivano dalla "tradizione". Transnazionalità, traduzione, tradizione: qui si apre la riflessione sulla funzione delle norme nel mercato transnazionale del lavoro.

Neo-funzionalismo e mercato del lavoro. Il caso italiano a confronto il modello partecipativo della Germania

Il mercato del lavoro si sviluppa in un'architettura poli-contestuale in cui si innestano l'autonomia dei privati, il ruolo della struttura pubblica e l'assetto delle relazioni industriali. L'architettura è poli-contestuale perché tendenzialmente costruita sul binomio globale/locale.²⁹

²⁹ Si può tracciare una linea sull'incidenza del binomio globale/locale sul lavoro facendo riferimento agli studi di Dani Rodrig, *La globalizzazione intelligente*, Laterza, Bari 2011; Silvana Sciarra, *Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty*, in «Industrial Law Journal» 39 (2010), 3, pp. 223-243; Katherine Stone, *A New Labor Law for a New World of Work: The Case for a Comparative-Transnational Approach*, in «Comparative Labor Law & Policy Journal», 28 (2007), pp. 565-581; Silvana Sciarra, EU Commission Green Paper "Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century", in «Industrial Law Journal» 36 (2007), 3, pp. 375-382; Alain Supiot, *The Outlines of a Framework Agreement on the Extension of Social Protection*, in «Comparative Labor Law & Policy Journal» 27 (2006), 2, pp. 273-296; Lance Compa, *Trade Liberalisation and Labour Law. General Report*, 2006, World Congress International Society for Labor and Social Security Law; Brian A. Langille, *Core Labour Rights - The True Story (Reply to Alston)*, in «The European Journal of International Law», 16 (2005), 3, pp. 409-437. Per l'analisi dell'impatto della concorrenza internazionale sul sistema italiano di relazioni industriali si veda: Tiziano Treu, *L'Accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in «Diritto delle relazioni industriali» (2011), 3, pp. 613-614; Silvana Sciarra, *Uno sguardo oltre la FLAT*, cit., pp. 169-188; Edoardo Ales, *Dal "caso*



Si è scelto di impostare questo saggio con un approccio comparativo e interdisciplinare. Il momento storico è propizio per questa tipo di scelta metodologica, la quale è utile per riordinare le idee sulla funzione delle norme (il cd. *reassessment of the role of law*).³⁰

Nel rapporto tra queste idee si possono notare almeno due passaggi concettuali. Il primo riguarda lo slittamento “from government to governance” che ha caratterizzato questa nostra fase di transizione al postmoderno.³¹ Esso può riguardare anche le riforme del mercato del lavoro, il cui assestamento in Europa non è stato monocromatico.³² Lo Stato è diventato uno dei soggetti protagonisti del contesto sociale, riducendo secondo logiche di de-gerarchizzazione il carico di quelle sue funzioni relative al governo di processi con finalità pubblicistiche, alla regolazione del mercato e alla garanzia delle prestazioni sociali. Si avverte, infatti, una tendenza alla sperimentazione, alla riforma (de- o post- regolamentativa) e all’attuazione di ciò che appare nuovo, forse più efficace.

La parola *governance* indica per l’appunto questo processo, con l’abbandono di quelle coppie categoriali che hanno molto influito

FLAT” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali, cit., pp. 1061-1091; Raffaele De Luca Tamajo, *Riforme (im)possibili del diritto sindacale*, in «Diritti lavori mercati» (2011), 1, pp. 1-5, nonché Adalberto Perulli, *Il caso FLAT: una crisi di sistema? Delocalizzazione produttiva e relazioni industriali nella globalizzazione. Note a margine del caso FLAT*, cit., pp. 343-361.

³⁰ Rudolf Wiethölter, *Materialization and Proceduralization in Modern Law*, in Gunther Teubner (a cura di), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlin - New York 1986.

³¹ James N. Rosenau - Ernst-Otto Czempiel, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge 2000; Saskia Sassen, *Globalization or Denationalization?*, in «Review of International Political Economy», 10 (2003), 1, pp. 1-22.

³² Si veda in particolare la tesi di Mark Freedland, *Developing the European Comparative Law of Personal Work Contracts*, in «Comparative Labor Law & Policy Journal», 28 (2007), 3, pp. 487-499; Id., *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, in «International Labour Review», 146 (2007), 1-2, pp. 3-18. Si veda anche il riscontro di Hugh Collins, *Legal Responses to the Standard Form Contract of Employment*, in «Industrial Law Journal», 36 (2007), 1, pp. 2-18; Simon Deakin, *Does the ‘Personal Employment Contract’ Provide a Basis for the Reunification of Employment Law?*, in «Industrial Law Journal», 36 (2007), 1, pp. 68-83. Per l’assetto italiano la bibliografia è molto ampia. Si vedano almeno Edoardo Ghera, *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino 2006 e Mariella Magnani, *Il diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano 2009.



sulla formazione delle idee nei decenni scorsi (tra quelle, privato/pubblico, mercato/stato, individuale/collettivo, etc.). Il riverbero di questa dinamica sulla riflessione dei giuristi europei e nordamericani può essere colta nelle due contrastanti istanze di neo-formalismo e di neo-funzionalismo che sono venute a maturarsi nel tempo. Questo è il secondo passaggio concettuale. I giuristi che propugnano un ritorno al formalismo si inseriscono nella tradizione secondo la quale l'ordine si realizza mediante la legge. I funzionalisti, invece, mirano alla realizzazione di programmi ambiziosi di ingegneria sociale. I neo-formalisti criticano funzione e schemi del diritto che regola le attività dei privati, considerandolo paternalistico e inefficiente per costi e logiche a-concorrenziali.³³ La contrattazione, secondo questa teoria, raggiunge il meglio per le parti solo se svincolata da limiti di protezione imposti dalla norma o da valutazioni giurisprudenziali considerate sempre e del tutto inadeguate. Ciò coincide anche con quella linea propulsiva, originata dalla concezione di società del rischio, relativa al mantenimento di un nucleo minimo formale-normativo capace di affrontare i tentativi non latenti di moralizzazione o politicizzazione della legge,³⁴ secondo un percorso di coincidenza di interessi e potere, tra approccio economico e schema normativo.³⁵

Questa linea propulsiva si è scontrata, però, con quella porzione di pensiero giuridico che ha ricondotto l'idea di norma alla lotta per il diritto, nel solco del pluralismo giuridico e degli studi critici.³⁶ Si è,

³³ Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2000; Robert E. Scott, *The Case for Formalism in Relational Contract*, 2000, in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=215129> or doi:10.2139/ssrn.215129; Scott R.E. - George Triantis, *Anticipating Litigation in Contract Design*, in «Yale Law Journal» 115 (2005), 2005-06, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=722263>

³⁴ Herbert L.A. Hart, *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, in «Georgia Law Review», 11 (1977), p. 969ss.

³⁵ Gli studi più significativi sono di Guido Calabresi, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Heaven - London 1970, e Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York - Aspen 2010; per una recente ricostruzione, Bernstein A., *Whatever happened to Law and Economics?*, in «Maryland Law Review», 64 (2005), p. 101ss.

³⁶ Si veda Marc Galanter, *Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, in «Law & Society Review», 9 (1974), pp. 95-160; John Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, in «Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law (1986), 1, pp. 1-55;



dunque, di fronte a una concettualizzazione neo-formalistica policroma che si snoda per percorsi non coincidenti.³⁷ Il formalismo si scaglia contro ogni forma di arbitrarietà, anche giudiziale, ritendendo quasi meccanica l'applicazione della norma: i tre criteri del formalismo («1. law is rationally determinate, 2. judging is mechanical, [...] 3. legal reasoning is autonomous, since the class of legal reasons suffices to justify a unique outcome; no recourse to non-legal reasons is required»)³⁸ appaiono quasi ineludibili.

I neo-funzionalisti accettano la sfida della flessibilità e della modernizzazione del diritto, sulla base della rilevazione di un contesto socio-economico sempre più complesso, diversificato e non del tutto armonizzabile.³⁹ Il problema per questa impostazione teorica non è porre la norma, ma riguarda chi è chiamato a porre la norma e perché quel soggetto è chiamato a porre la norma. Il funzionalismo considera la norma uno strumento per realizzare determinati fini sociali, politici o economici. In questa cornice si pongono gli interventi sull'autonomia dei privati, sul ruolo degli agenti pubblici, sull'iniziativa economica. Il neo-funzionalismo ha trovato nei fenomeni di globalizzazione/deterritorializzazione la spinta maggiore al proprio sviluppo: le agende politiche hanno chiesto e continuano a chiedere norme finalizzate alla realizzazione di obiettivi generali, speciali, politici, economici, etc.

L'Europa è specializzata in questa peculiare dinamica.⁴⁰ Quali sono gli esiti di questa dinamica? Da una parte, una zelante ed ec-

si veda anche Harry A. Arthurs, *Without the Law: Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth Century-England*, University of Toronto Press, Toronto - Buffalo 1988.

³⁷ Duncan Kennedy, *The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought*, in «Hastings Law Journal», 55 (2004), pp. 1031-1076.

³⁸ Sul punto si veda Brian Leiter, *Positivism, Formalism, Realism*, in «Columbia Law Review», 99 (1999), pp. 1138-1168.

³⁹ Secondo la tesi di Pound che distingueva tra *Law in Action* e *Law in Books* [Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, in «American Law Review», 44 (1910), pp. 12-36].

⁴⁰ Per l'analisi nel diritto privato si v. Ugo Mattei - Fernanda Nicola, *A "Social Dimension" in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda*, in «New English Law Review», 1 (2006), pp. 1-66; per l'analisi nel diritto del lavoro, Edoardo Ales, *Dalla politica sociale europea alla politica di coesione economica e sociale. Considerazioni critiche sugli sviluppi del modello sociale europeo nella stagione del metodo aperto di coordinamento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT, 2007, 51, pp. 1-38.



cessiva giuridificazione dell'esistente, con rischi per le libertà individuali⁴¹ e per la coesione sociale,⁴² dall'altra un collegamento non trasparente tra legge e politica.⁴³ L'appello europeo alla modernizzazione del diritto del lavoro ha le caratteristiche dell'approccio neo-funzionalista (in particolare, si v. il Libro Verde del 2006 e l'insieme delle politiche sull'occupabilità degli ultimi 10 anni, direttamente riferibili a quelle norme del Trattato che definiscono la Strategia europea per l'occupazione). Viene chiesto a ciascun paese dell'Unione di sviluppare politiche economiche e legislative adatte al nuovo contesto del mercato del lavoro. È un contesto ormai obsoleto, se si prende in considerazione ciò che è accaduto a livello planetario dal 2008 in poi a causa della crisi economica e finanziaria. In ogni caso l'appello europeo ha trovato in alcuni paesi (tra questi in particolare Francia, Germania e Italia) riscontri di una certa sostanza.

Il punto, però, non è solo il quadro normativo introdotto. Esso è ovviamente oggetto di questo studio. Ciò che preme rilevare in prima battuta attiene più alla capacità "riflessiva" della legislazione nazionale che alla legislazione medesima. La capacità riflessiva riguarda una norma aperta a diversi, non coincidenti, quasi contrapposti e concorrenziali, interessi presenti in una società che è altamente differenziata per linee funzionali.⁴⁴

Qui, con riferimento al diritto del lavoro,⁴⁵ si è di fronte a una capacità "auto-poietica" del sistema, posto su livelli diversi (autonomia privata, autonomia collettiva, eteronomia – in senso anche discendente)⁴⁶

⁴¹ Friedrich A. Hayek, *The Road to Serfdom*, University Press, Chicago 1976.

⁴² Jürgen Habermas, *Theory of Communicative Action*, Beacon Press, Boston 1985.

⁴³ Philippe Nonet - Philip Selznick, *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*, Harper&Row, New York 1978.

⁴⁴ Gunther Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in «Law & Society Review», 17 (1983), pp. 239-286; Niklas Luhmann, *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, in «Cardozo Law Review», 13 (1992), pp. 1419-1442.

⁴⁵ Si veda in particolare Ralf Rogowski - Ton Wilthagen, *Reflexive labour law: studies in industrial relations and employment regulation*, Kluwer Law and Taxation Pub., Boston 1994.

⁴⁶ Il punto richiama gli studi di Gino Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano 1960.



per la realizzazione di solidarietà che, in prospettiva europea o globale, debbono essere necessariamente plurali.⁴⁷

È un procedimento formativo della norma che, tenendo in considerazione i contrapposti interessi, si caratterizza per una propria intrinseca sperimentalità, tanto da poter affermare che «a reflexive orientation does not ask whether there are social problems to which the law must be responsive. Instead it seeks to identify opportunity structures that allow legal regulation to cope with social problems without, at the same time, irreversibly destroying patterns of social life».⁴⁸

Con riferimento al diritto del lavoro, il rischio di questa impostazione è stato notato acutamente da chi ha rilevato che «reflexive labour law may express, legitimise and even reinforce corporate power and warns scholars [...] that our scientific work will [...] come to affect our political work, so that our descriptive hypotheses about how the law works will become prescriptive».⁴⁹

Questo è il contesto generale del dilemma del diritto del lavoro, il quale si gioca sul binomio eguaglianza-disuguaglianza. È un dilemma che si evolve in situazioni di ragionevole diversificazione perché il diritto del lavoro si fonda su una certa dualità. Esso è inserito nella complessità dell'ordinamento sindacale, mediato dalla norma di legge e di contratto collettivo, successivamente interpretato dalla giurisprudenza ed è, dunque, connotato da una dualità derivante dal processo di osmosi che vi è tra mercato (fatto-norma) e diritto (norma

⁴⁷ L'analisi sull'impatto del tema sulle tutele e sulla recente giurisprudenza Viking, Laval, Ruffert, Lussemburgo si veda tra i saggi recentemente pubblicati Massimo Palini, *Gli effetti positivi sulle performance del mercato del lavoro quale condizione di compatibilità della norma nazionale con il diritto positivo*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro» (2011), 3, pp. 449-462; Silvana Sciarra, *Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty*, in «Industrial Law Journal», 39 (2010), 3, pp. 223-243; Davies, A.C.L., *One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ*, cit., pp. 126-148. Si vedano anche Umberto Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari 2009; Andreas Bucker - Wiebke Warnek (a cura di), *op. cit.*, nonché il numero 131 del 2011 di «Giornale del diritto del lavoro e delle relazioni industriali», con scritti di Sciarra S., Malmberg J., Bruun N., Orlandini G., Lo Faro A., Zahn R., De Witte E. B.

⁴⁸ Gunther Teubner, *op. cit.*, 1983.

⁴⁹ Harry A. Arthurs, *Regulating Labour in the Wake of Globalisation*, in Brian Bercusson - Cynthia Estlund, *New Challenges, New Institutions*, Hart Publishing, Oxford 2008.



posta). Il diritto del lavoro è all'interno di una logica decontestualizzata di matrice civilistica (il criterio della fattispecie e degli effetti), ma non è all'esterno di quel processo che si attua mediante l'avanzamento del mercato verso il diritto.

Questo avanzamento del mercato si prospetta, percorrendo una prima direzione, in termini di tendenza del mercato a erodere (disapplicare) le tutele derivanti dal diritto del lavoro, e nel processo inverso, mediante l'andamento del diritto verso il mercato del lavoro, nella misura in cui la norma riesce a estendere l'applicazione di tutele (si vedano, in relazione agli interventi legislativi dell'ordinamento italiano, la legge n. 196 del 1997, il d.gs. n. 276 del 2003, la legge n. 247 del 2007, la legge finanziaria per il 2007, i c.d. decreti anti-crisi del 2009, 2010 e del 2011; di tali norme si possono analizzare l'estensione di alcune tutele al lavoro autonomo coordinato, i processi di stabilizzazione nella pubblica amministrazione, i processi di regolarizzazione del lavoro prestato irregolarmente; non restano fuori da tale processo le recenti riforme del lavoro a termine, della conciliazione e dell'arbitrato – legge n. 247 del 2007, legge n. 133 del 2008, legge n. 183 del 2010, legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro –, i ripetuti interventi di modifica sul contratto di apprendistato, l'evoluzione normativa del contratto di lavoro intermittente e del lavoro a termine, la nuova schematizzazione delle prestazioni di sostegno al reddito, la reimpostazione della bilateralità rispetto ai c.d. ammortizzatori sociali).

Ma ciò non basta. A questo punto si deve svolgere una *riflessione comparata* tra modello italiano e modello tedesco. Il che è un esercizio volto a comprendere i *grandi cambiamenti* in corso in Europa fra imprese e mondo del lavoro e a *trarne indicazioni utili per innovare le relazioni industriali italiane*. Si tratta di seguire un metodo che offre eccellenti possibilità di analisi giuridiche perché «by means of the comparative method as thus defined, we can obtain an understanding of the particular or indigenous spirit of each legal system and, at the same time, learn the common spirit of the different systems belonging to the same civilization or culture».⁵⁰

⁵⁰ Gino Gorla, *The Theory of Object of Contract in Civil Law: A Critical Analysis by Means of the Comparative Method*, in «Tulane Law Review», 28 (1953-1954), pp. 442-461



Comprendere, mediante alcuni spunti comparativi la direzione delle relazioni industriali tedesche,⁵¹ significa, in questa visione, de-

il quale aggiunge una valutazione che è dirimente per ogni giurista, anche non comparativista, «thinking along these lines, we must not forget an aim which, though apparently secondary, is practically very important, that is, the examination of the significance and value of the concepts of the legal system which is being studied. The comparative method can be used to show not only the relativity of these concepts but even that their usefulness is sometimes debatable and perhaps completely non-existent. The comparative method evaluates the utility of concepts regardless of whether it is used from a practical point of view or from an academic one».

⁵¹ Per una impostazione generale del modello tedesco si veda Keune Maarten, *Decentramento salariale: la regolamentazione e l'uso di clausole di deroga sui salari in sette paesi europei*, in «Diritto delle relazioni industriali» (2011), 2, pp. 333-345; Manfred Weiss, *The Effectiveness of Labour Law about the German Experience - L'effettività del diritto del lavoro: alcune riflessioni sull'esperienza tedesca*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro» (2006), 2, pp. 141-163; Horst Siebert, *Considerazioni sulla crisi del mercato del lavoro in Germania*, in «Diritto delle relazioni industriali» (2004), 4, pp. 805-826. Si veda per recenti studi italiani sulla contrattazione collettiva in Germania, Tiziano Treu, *Le deroghe contrattuali nel modello tedesco*, in «Diritto delle relazioni industriali» (2011), 2, pp. 238-332; Raffaello Santagata, *Germania - Recenti orientamenti della giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht*, in «Diritto delle relazioni industriali» (2007), 1, pp. 1252-1264; Armando Tursi, *È davvero necessaria una "rivoluzione" maggioritaria?*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro» (2006), 3, pp. 299-313; Raffaello Santagata, *La contrattazione collettiva in Germania: tecniche di decentramento e vincoli costituzionali*, in «Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali», 108 (2005), pp. 637-664. Si veda anche l'elaborazione di Thomas Dieterich, *Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht*, Bund-Verl., Bonn 1995; Id., *Tarifautonomie und Gesetzgebung: ein verfassungsgeleitetes Kompetenzverhältnis*, Bund-Verlag, Frankfurt a. M. 2003; Wolfgang Daubler (a cura di), *Arbeit: Individualarbeitsrecht mit Kollektivrechtlichen Bezügen*, Nomos, Baden Baden 2008 nonché Sandra Bock, *Tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht und Tarifautonomie*, Duncker & Humblot, Berlin 2005; Wiebke Flavia Rhodius, *Die OT-Mitgliedschaft in Arbeitgeberverband. Rechts und Satzungsfragen des Stufenmodelles*, Peter Lang, Frankfurt a. M. 2011; si veda anche Wolfhard Kohte, *OT-Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband*, in «Juristische Rundschau» (2011), 2, p. 91ss.; Frank Bayreuther, *OT-Mitgliedschaft, Tarif Zuständigkeit und Tarifbindung*, in «Betriebs-Berater», 62 (2007), 6, p. 325ss; Clemens Höpfener, *Blitzaustritt und Blitzwechsel in die OT-Mitgliedschaft*, in «ZFA Zeitschrift für Arbeitsrecht», 40 (2009), 3, p. 541ss. Per l'approccio scientifico sulle relazioni industriali si veda John T. Addison *et al.*, *The State of Collective Bargaining and Work Representation in Germany: the Erosion Continues*, in *IZA Discussion Paper* (2010), 5030, pp. 1-18; Wolfgang Streeck, *Re-forming Capitalism. Institutional Change in the German Political Economy*, Oxford University Press, Oxford 2010; Thomas Haipeter, «Unbound» *Employers' Associations and Derogations: Erosion and Renewal of Collective Bargaining in the German Metalworking Industry*, in «IRJ», 42 (2011), 2, pp. 174-194.



terminare un influsso positivo sull'indirizzo delle relazioni contrattuali italiane, in direzione europea e partecipativa.

Tali sperimentazioni di relazioni industriali innovative hanno creato stabilità, a diverse intensità, e un nuovo modello di organizzazione datoriale.

I fattori da analizzare riguardano le regole giuridiche che governano il sistema di contrattazione collettiva e di rappresentanza dei lavoratori in azienda. Di qui si potrà muovere l'analisi anche sui criteri di rappresentatività delle organizzazioni imprenditoriali tedesche.

I cenni appena svolti sono confermati per logica e traiettoria nella recente legge di riforma del mercato del lavoro (*l. 28.6.2012, n. 92*) ove si dispone con l'art. 4, co. 62 una delega al governo sulle forme di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa attivate "attraverso la stipulazione di un contratto collettivo aziendale".

Tali forme di coinvolgimento riguarderanno procedure di verifica dell'applicazione e degli esiti di piani o decisioni concordate, anche mediante l'istituzione di organismi congiunti/paritetici «dotati delle prerogative adeguate» per il controllo e partecipazione nella «gestione di materie quali la sicurezza dei luoghi di lavoro e la salute dei lavoratori, l'organizzazione del lavoro, la formazione professionale, la promozione e l'attuazione di una situazione effettiva di pari opportunità, le forme di remunerazione collegate al risultato, i servizi sociali destinati ai lavoratori e alle loro famiglie, forme di welfare aziendale, ogni altra materia attinente alla responsabilità sociale dell'impresa».

*Nel sistema tedesco di relazioni industriali questo meccanismo partecipativo è già noto e ben sviluppato. Il consiglio di fabbrica – Betriebsrat – è istituito in ogni azienda con almeno cinque lavoratori. I componenti del consiglio di fabbrica sono eletti. Elettorato attivo e elettorato passivo coincidono. Viene fissato il principio di buona fede per la cooperazione tra consiglio di fabbrica e datore di lavoro (artt. 2 e 74 del *Betriebsverfassungsgesetz*) nonché l'obbligo di informazione carico del datore di lavoro (art. 81 della medesima normativa) con una serie di prerogative del consiglio di fabbrica che si realizzano in attività di audit/ispezioni o incontri.*

La norma più importante è l'art. 87 del *Betriebsverfassungsgesetz*, ove si stabilisce il diritto di co-determinazione che il consiglio di fabbrica può esercitare in ogni momento con riferimento a materie impor-



tanti per la gestione del personale (orario di lavoro, licenziamento, mutamento mansioni, etc.).

Ciò che è rilevante in questa dinamica sindacale è l'inversione della regola di maggior favore (*Günstigkeitsprinzip*).

Le materie dell'art. 87 elencate sopra muovono dall'assunto legislativo secondo cui tutto ciò che non è oggetto dell'art. 87 resta nelle mani della contrattazione di settore/nazionale, con l'obbligo per i soggetti della contrattazione decentrata/aziendale di non derogare in peius quanto stabilito nel contratto settoriale/nazionale (*zu Gunsten des Arbeitnehmers*, e pertanto – *Günstigkeitsprinzip*). Questa regola è stata pensata per reggere il sistema delle deroghe contrattuali: viene, dunque, attuata una divisione delle materie tra livelli di contrattazione (nazionale/aziendale), una divisione delle competenze tra soggetti della contrattazione (OOSS nazionali e consigli di fabbrica), con la conseguente indicazione della regola di favor.

Nei fatti è, però, accaduto che il *trade off* che i consigli di fabbrica hanno concordato con il datore di lavoro a livello aziendale ha avuto spesso come oggetto la riduzione del salario a fronte della protezione dell'occupazione. Il rischio della disoccupazione in alcuni settori o in alcune aree geografiche ha promosso comportamenti collusivi/cooperativi tra consiglio di fabbrica e datore di lavoro. Il giudice del lavoro chiamato a decidere sul rispetto dell'applicabilità della regola del favor non ha esitato a considerare questi contratti aziendali in linea con il principio *Günstigkeitsprinzip*. Si trattava di contratti che, avendo salvato l'occupazione, anche a fronte di sacrifici che incidevano sul quantum della retribuzione, rispettavano il principio del favor.

Qui, in questo passaggio, si ritrova il successo di una dinamica sindacale partecipativa.

Scuola Europea di Relazioni Industriali (SERI):
il laboratorio sul metodo di comparazione nel diritto
transnazionale del lavoro e delle relazioni industriali

Le riflessioni che precedono determinano un'urgenza scientifica. Si deve costruire un ambito di ricerca teorica sul metodo del diritto transnazionale delle relazioni industriali che abbia riflessi significativi



nell'applicazione pratica. Per questa ragione è stata costituita la Scuola Europea di Relazioni Industriali (di seguito anche SERI) mediante una Convenzione tra l'Università degli studi di Roma Tor Vergata e l'Ente nazionale di ricerca Istituto Italiano di Studi Germanici⁵² per lo svolgimento di un progetto di ricerca di alta qualificazione sul diritto transnazionale del lavoro e delle relazioni industriali.

Il progetto di ricerca è stato recentemente considerato dal MIUR degno di una peculiare premialità scientifica.

La SERI svolgerà, con metodo interdisciplinare, indagini in materia di relazioni industriali e mercato del lavoro nella prospettiva italiana, europea e globale.

Sarà indirizzata da un comitato scientifico, composto di studiosi italiani e stranieri, esperti di relazioni industriali (giuristi, economisti, sociologi, storici, antropologi, linguisti). Alla SERI potranno aderire, in qualità di *stakeholders*, le parti sociali interessate (sindacati e associazioni imprenditoriali, italiane e europee), associazioni scientifiche, fondazioni/istituti di ricerca, università, gruppi di ricerca.⁵³

⁵² La convenzione, che è frutto del lavoro svolto nel Seminario permanente Levi Sandri, è volta a sostenere una collaborazione scientifica tra Università Tor Vergata e Istituto Italiano di Studi Germanici avente come oggetto lo svolgimento di attività di studio e di ricerca su tematiche attinenti al diritto transnazionale e alla traduttologia giuridica secondo un metodo interdisciplinare. Il responsabile scientifico/Principal Investigator indicato dall'Università Tor Vergata è Michele Faioli. L'Istituto Italiano di Studi Germanici ha designato il presidente Fabrizio Cambi per la gestione delle attività oggetto di detta convenzione.

⁵³ Si segnala, a tal proposito, che già dalla prima iniziativa, il "Cluster" di Montegiove (Fano), del 27/28 luglio 2012, gran parte delle organizzazioni sindacali italiane ha mostrato il proprio interesse a sostenere la SERI e a partecipare alle relative iniziative.