



L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato

WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 94/2012

© Bruno Caruso - Mariagrazia Militello 2012
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Catania
bcaruso@lex.unict.it - mgmilitello@lex.unict.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato^{α αα}

**Bruno Caruso - Mariagrazia Militello
Università di Catania**

1. La funzione della comparazione oggi e la trasformazione delle teorie della comparazione: riflessi sul diritto nazionale del lavoro. 2	2
1.1 L'utilità euristica del metodo comparato: la critica antipositivista e l'apertura cognitiva, un profilo diacronico	6
1.2 Segue. Altre "virtù" del metodo: interdisciplinarietà e realismo.....	11
2. Metodo comparato, ius commune e diritto sociale europeo: la comparazione "riflessiva".	13
2.1.... e il diritto sociale nazionale "europeizzato"	20
3. Formanti e ruolo della giurisprudenza tra primato, interpretazione conforme e rinvio pregiudiziale.	27
4. Ricadute pratiche. Il caso del contratto a tempo determinato .	35
4.1. La clausola di non regresso e l'uso della comparazione nell'ordinamento europeo.....	38
4.2. La comparazione e il principio di effettività del diritto sovranazionale. Le sanzioni.	44
5. I diritti sociali collettivi "comuni": la comparazione creativa. ..	53

^α L'intervento è interamente frutto di una riflessione comune. Tuttavia, la stesura dei §§ 1.2, 2 e 5 è da attribuire a Bruno Caruso; quella dei §§ 1, 1.1., 2.1., 3, 4, 4.1, 4.2 a Mariagrazia Militello.

^{αα} Di prossima pubblicazione in L. Nogler e L. Corazza (a cura di), *Liber amicorum* Marcello Pedrazzoli, Franco Angeli.

1. La funzione della comparazione oggi e la trasformazione delle teorie della comparazione: riflessi sul diritto nazionale del lavoro.

«La *cross-fertilization* fra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti giuridici nazionali conduce alla comunitarizzazione dei sistemi legali nazionali – intesa, da un lato, come eliminazione delle regole nazionali non coerenti con il quadro normativo comunitario e relativa sostituzione delle norme comunitarie alle disposizioni nazionali in contrasto; dall'altro, come europeizzazione del diritto comunitario, intesa come attribuzione al diritto comunitario di un solido fondamento riferito a concetti e principi che gli ordinamenti legali degli Stati membri hanno in comune. Tutto questo ha come conseguenza la trasformazione del diritto comparato da un settore puramente persuasivo del diritto in uno che deve svolgere un compito d'importanza strategica»¹.

Quale sia oggi il compito del diritto comparato², soprattutto nell'attuale contesto sovranazionale, dipende da vari fattori; e quali possano essere gli esiti della sua applicazione nell'ambito dei rapporti inter-ordinamentali che si sono instaurati – in seguito al processo di integrazione europea – tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali, appare tuttavia incerto e aperto negli esiti.

¹ W. Van Gerven, *Comparative Law in a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law*, in D. O'Keefe (ed.), *Judicial Review in European Union Law, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, The Hague, London Boston, 2001, p. 435; B. Caruso, *Changes in the workplace and the dialogue of labour scholars in the "global village"*, in *Comparative labor law and policy journal*, 2007, n. 3, p. 501 ss.

Sull'approccio comparato agli studi d'integrazione europea sono fondamentali i contributi di Stein e Cappelletti degli anni Ottanta: T. Sandalow-E. Stein (ed. by) *Courts and free markets: perspectives from the United States and Europe*, Oxford, 1982; M. CAPPELLETI-M. SECCOMBE-J.H. WEILER, *A general introduction*, in M. Cappelletti-M. Seccombe-J.H. Weiler (ed. by), *Integration through Law: Europe and the American Federal experience*, Berlin-New York, 1985, 3 ss.

² Non è questa la sede per approfondire il problema legato alla nozione di diritto comparato, sulla cui equivocità nel "qualificare un'attività di ricerca ammessa nel suo statuto accademico ma discussa nel suo statuto scientifico", insiste M. Grandi, *Comparazione giuridica e diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1996, fasc. 3, p. 1 ss. Nello stesso senso chi ritiene che il carattere della nozione di diritto comparato sia "vago ed anfibiologico"; mentre per altri sarebbero sterili le discussioni sul metodo comparato perché il diritto comparato avrebbe già messo solide radici. Nel primo senso cfr. P. Arminjon -B.B. Nolde-M. Wolff, *Traité de droit comparé*, 1, Park, 1950, pag. 10; nel secondo, R. David, *I grandi stilemi giuridici contemporanei*, Padova, 1980, pag. 3. Parte della dottrina individua l'oggetto del diritto comparato nel mettere a confronto una pluralità di ordinamenti vigenti; in questo senso, A. Pizzorusso, *Corso di diritto comparato*, Milano, 1983, p. 101; G. Gorla, *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo*, in AA. Vv., *L'apporto della comparazione*, Milano, 1980, p. 267 e ss.

Pur nella consapevolezza di non poter rispondere a una domanda tanto pretenziosa, scopo di questo contributo è di comprendere il ruolo svolto dalla comparazione giuridica, e dei suoi metodi, nello sviluppo del diritto sociale europeo, e i suoi futuri svolgimenti, alla luce dell'accentuazione del processo d'integrazione europea che investe ormai a pieno titolo i rapporti sociali oltre a quelli di mercato³; compito che, nel processo ormai in atto di costruzione di un ordinamento integrato costituzionale, impone di guardare oltre i confini nazionali, partendo dai diversi elementi di due mondi ancora distinti⁴ e rinnovando il discorso che riguarda il rapporto tra la comparazione, i suoi metodi, e il diritto del lavoro. Un diritto del lavoro aperto all'influenza del diritto europeo, e agli altri diritti nazionali, capace a sua volta di influenzarlo⁵, fortemente ancorato alla propria identità ma proteso sempre di più oltre confine.

Il percorso che, a diverse velocità e con qualche battuta d'arresto⁶, sta conducendo gli Stati a varcare le linee di confine dei propri territori⁷ con la prospettiva di non farvi più ritorno, si sviluppa secondo le direttive di un processo circolare di condizionamento reciproco. Per un verso, infatti, i diritti nazionali sono oggetto d'imitazione da parte

³ B. Caruso, *Changes in the workplace and the dialogue*, cit.

⁴ Propone «[...] l'immagine della comparazione giuridica come ponte che unisce mondi tra loro distanti» L. Moccia, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, n. 3, p. 768. Ponte che unisce, da una parte, gli ordinamenti nazionali dei Paesi membri dell'Unione Europea e, dall'altra, l'ordinamento dell'Unione Europea in quanto tale.

⁵ S. Sciarra, *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, n. 2.

⁶ Per qualche riflessione sul rapporto tra la crisi finanziaria che attraversa l'Unione Europea e la crisi delle istituzioni europee, cfr., di recente, E. Chiti, *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 783 ss.

⁷ La dimensione multilivello, «[...] pur senza cancellare la territorialità degli ordinamenti, la proiettano con un effetto di dissolvenza in una dimensione di spazialità dai confini meno definiti e definibili [...]». In questi termini L. Moccia, *Comparazione giuridica*, cit., p. 777. Per una differenza euristica sottile ma utile tra ordinamento multilivello e ordinamento composito a proposito delle impostazioni di Pernice e Besselink, si cfr. F. Martinico recensione a Besselink e Ziller, in *European Public Law*, 2009, 4, pp. 655-665; in generale si v. G. Della Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza, 2003. Il sistema nazionale, una volta in sé concluso e compiuto, è ora più che mai "aperto" al divenire della storia; in argomento G. Gorla, L. Moccia, *Profili di una storia del "diritto comparato" in Italia e nel "mondo comunicante"*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 237 ss.; L. Moccia, *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (Per una teoria dell'ordinamento giuridico "aperto")*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 181 ss.; Id., *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, *passim*; A. Procida Mirabelli Di Lauro, *Comparazione e scienza giuridica tra storia e futuro*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2010, 1, p. 8 ss. Di porosità dei confini geografici e di un'inaspettata apertura dei sistemi giuridico-istituzionali, parla B. Caruso, *Changes in the workplace*, cit., p.

dell'ordinamento sovranazionale, posto che molti istituti dell'ordinamento sovranazionale, invero, sono sorti per imitazione di modelli nazionali e, solo in seguito, si sono resi indipendenti dai loro archetipi⁸, per avere sviluppato un'autonoma identità. Nell'altro verso, poi, la legislazione sovranazionale condiziona direttamente e indirettamente il diritto interno, tenuto – in virtù del principio di *primauté* del diritto comunitario – a conformarsi ai dettami sovranazionali che costituiscono al contempo un parametro di legittimità delle regole nazionali.

Negli ultimi anni si assiste a un nuovo fenomeno, tutto da indagare anche in funzione della teoria e del metodo della comparazione e strettamente connesso al fenomeno della globalizzazione giuridica: l'influenza delle istituzioni di governance economica globali sui processi di cambiamento della regolazione, anche nel senso della convergenza de-regolativa di istituzioni e istituti giuridici nel campo del lavoro, del welfare e delle relazioni industriali. In tal caso si dà luogo anche a triangolazioni asimmetriche, come dimostra la vicenda recente della riforma dell'art. 18 in Italia⁹; una riforma indotta, nell'ordinamento "ricevente", più che da "norme" sovranazionali (addirittura in assenza di competenza ordinamentale¹⁰) da "fatti economici" di tale livello: le politiche di

⁸ In questi termini A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, 2001, p. 209, G. Arrigo, *A proposito della comparazione nel diritto comunitario del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 2002 ma, soprattutto, v. letteratura risalente, ad es., A. Tizzano, *La Corte di giustizia delle Comunità Europee*, Vol. I, Napoli, 1967, p. 49 ss.

⁹ Si pensi al caso dei diktat finanziari della c.d. troika (BCE, FMI, UE) in Europa e l'impatto sugli ordinamenti di welfare degli Stati nazionali dell'eurozona; in primo luogo la Grecia ma pure l'Italia. Cfr. il saggio di Baccaro L., Howell C., *Reformulating the argument for neoliberal convergence: institutional change in European industrial relations*, visionabile al sito: <http://www.astrid-online.it>, su cui cfr. la recensione di B. Caruso, *Le relazioni sindacali e la crisi europea. Pessimismo della ragione e ottimismo della volontà*, in *Quaderni di rassegna sindacale*, 2012, n. 1, p. 81 ss. Sugli effetti regolativi sui sistemi welfare e sui mercati del lavoro dell'integrazione globale delle economie, si v. D. P. Gitterman, *European integration and labour market cooperation: a comparative regional perspective*, in *Journal of european social policy*, 2003, p. 99 ss. In generale sull'influenza comparata dei processi di aggiustamento strutturale, cfr. G. Ajani, *Diritto comparato e diritto internazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 4, p. 1589 ss.

¹⁰ La competenza dell'Unione Europea in caso di licenziamento è invero assai limitata. L'art. 153 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea prevede, tra le materie di competenza dell'Unione, alla lettera d) la protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro; ma si tratta di una materia per la quale è prevista la procedura legislativa dell'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea prevede, inoltre, all'art. 30 la tutela in caso di licenziamento ingiustificato stabilendo che "Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali".

aggiustamento strutturale imposte dagli organismi finanziari europei e internazionali; aggiustamento che finisce per produrre un'azione di armonizzazione normativa della disciplina dell'ordinamento ricevente sui licenziamenti calibrata, comparativamente, sul modello interno della nazione il cui governo è regista non tanto occulto del processo di aggiustamento economico a livello sovranazionale e che indirettamente finisce per imporre anche il suo modello regolativo con riguardo al formante legislativo¹¹.

Il processo del reciproco condizionamento si manifesta in una forma che è stata efficacemente definita attraverso il ricorso alla icastica figura del *legal irritant*, contrapposta a quella del *legal transplant*¹². Quest'ultimo presuppone l'innesto forzato, meccanico di un organo/istituto in un corpo/ordinamento a esso estraneo; coerentemente alla sua natura, che rimarrebbe in questo caso inalterata, l'istituto trapiantato potrebbe determinare nel corpo ospite solo una reazione di rigetto o piena assimilazione. Diversamente, secondo la teoria del *legal irritant*, imporre una regola proveniente da un sistema/ordinamento straniero in un ordinamento diverso crea una sorta d'irritazione che non produce né un adattamento pieno del contesto nazionale ricevente a quello irritante, né una trasformazione del significato della norma straniera, ma determina una evoluzione dinamica per la quale, da una parte, il senso della norma straniera viene ricostruito e, dall'altra, il contesto interno viene sottoposto ad un fondamentale cambiamento¹³. Ed è quello che con tutta probabilità avverrà con la nuova disciplina dell'art. 18¹⁴, appena introdotta nell'ordinamento italiano, che mutua soltanto alcuni tratti del modello tedesco ma pure francese (un certo

¹¹ Per una descrizione del modello tedesco di tutela contro il licenziamento, v. E. Ales, *Modello tedesco: di cosa stiamo parlando?*, in *Rassegna sindacale*, 5-11 aprile 2012, n. 11. Una recente utile analisi comparata della disciplina del licenziamento ove l'autore mette correttamente in rilievo la interazione tra dati economici globali e ricadute regolative, nazionali L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in di prossima pubblicazione nel *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*.

¹² Dal quale hanno messo in guardia giuristi come O. Khan Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Mod. Law. Rev.*, 1974, p. 1 ss., (trad. italiana in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, p. 785 ss.).

¹³ G. Teubner, *Legal irritants: good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*, in *Modern law review*, 1998, n. 1, p. 11 ss. L'Autore ha parlato di *legal irritant* riferendosi al trapianto del principio continentale della *bona fides* nel corpo della legge inglese sui contratti, realizzato dalla direttiva europea sulla protezione del consumatore. «Good faith is irritating British law», allude, infatti, all'effetto che l'imposizione di una norma straniera causa all'interno di un contesto nazionale.

¹⁴ La disciplina della tutela contro il licenziamento illegittimo ha subito sostanziali modifiche ad opera della legge del 28 giugno 2012, n. 92; in particolare, l'art. 18 è stato modificato dal comma 42 dell'art. 1 di detta legge.

potere del giudice, entro margini disegnati dal legislatore, di determinare la tipologia di sanzione e una procedura di partecipazione sindacale nella fase di comminazione del licenziamento individuale di natura economica mutuata però più dalla disciplina dei licenziamenti collettivi) che determinerà, giusta la prassi del diritto vivente giurisprudenziale, un adattamento al contesto tipicamente nazionale dell'istituto "irritato" dal diritto straniero.

In altre parole, la relazione tra la regola esterna che viene imposta e l'ordinamento nazionale che l'accoglie non si pone nei termini netti di una alternativa tra mero accoglimento e rigetto ma implica che l'una e l'altro subiscano degli adattamenti¹⁵.

1.1 L'utilità euristica del metodo comparato: la critica antipositivista e l'apertura cognitiva, un profilo diacronico

Il pensiero invero ormai risalente – ancorché tutt'altro che superato – di Teubner impone di soffermarsi con maggiore attenzione su aspetti importanti del processo di sviluppo del diritto sociale europeo a partire dal ruolo della comparazione o, per meglio dire, dalle modalità con cui il metodo comparato ha esercitato la propria influenza sui processi di integrazione inter-ordinamentale. Tale teoria della comparazione, debitamente adattata, si presterebbe probabilmente con maggiore efficacia euristica di altre a spiegare i fenomeni di cambiamento regolativo indotti dalla governance economica globale a cui si è fatto appena cenno prima.

Senza dubbio, la comparazione occupa una posizione di primo piano nell'attività interpretativa delle Corti – nazionali ma, soprattutto, sovranazionali – nell'ambito del processo di "adattamento" necessario a garantire un corretto impianto della norma aliena nei sistemi nazionali; ma su quest'ultimo aspetto si tornerà in seguito (§ 3).

Se ciò è vero, però, guardare soltanto al ruolo della comparazione nell'interpretazione giurisprudenziale del diritto europeo e nazionale non sarebbe sufficiente a comprendere appieno le molteplici funzioni che nel tempo il metodo comparato ha assunto con riguardo alla nascita e allo sviluppo del diritto sociale europeo; a tal fine, occorre tracciare – seppure

¹⁵ Con riguardo all'istituto del patteggiamento, tipico istituto di diritto processuale penale e civile nord americano, e la cui introduzione in Italia (e similmente in Germania, Argentina e Francia) ha avuto profondi effetti di adattamento, soprattutto nel diritto processuale penale, tali da far parlare anziché di legal transplant, di legal translation, si v. M. Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: the globalization of Plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure*, in *Harvard international law journal*, 2004, n. 1, p. 1 ss.

per grandi linee – le principali direttrici evolutive che hanno caratterizzato, nel corso del tempo, l'uso della comparazione nel diritto.

Una prima utile distinzione è quella che contrappone la comparazione "applicata" alla comparazione "speculativa"; per la quale la prima sarebbe una "ovvietà", giacché "non segue alcuna teoria e si limita ad assumere compiti pratici", avendo degli scopi meramente confermativi¹⁶; mentre la seconda – la comparazione giuridica elevata a scienza – avrebbe diversi compiti e diversi metodi. In particolare, la comparazione moderna sarebbe destinata a individuare, fondandosi sul dato storico e tangibile, i tratti comuni di sistemi solo apparentemente differenti, tratti comuni che rappresentano delle costanti non legate alle coordinate di tempo e di luogo; mentre quella post-moderna è tesa a evidenziare le differenze, concentrandosi sul dato contemporaneo, quindi potenzialmente non duraturo e interdisciplinare. La comparazione utile sarebbe, dunque, – in base a tale ripartizione – una scienza, uno studio, finalizzati all'osservazione, ma non a una generica osservazione di diritti distanti nel tempo e nello spazio; in quanto branca fondamentale della scienza giuridica¹⁷, essa avrebbe una finalità di azione – *un but d'action* – riservata alla competenza del giurista positivo¹⁸.

La questione dell'individuazione delle finalità della comparazione mostra origini assai risalenti nel tempo. In principio, la questione riguardava la possibilità di "dare ingresso, nei procedimenti d'interpretazione della legge vincolati sino ad allora al solo accertamento

¹⁶ "Se applicata al caso straniero, al disegno di legge, ai progetti di unificazione del diritto o alla decisione di nuove questioni viene finalizzata al controllo ed alla conferma delle proprie soluzioni". In questi termini, con riferimento alla comparazione "applicata" distinta dalla comparazione "speculativa", E. Jayme, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, p. 813.

¹⁷ Per quanto non si tratti di un'interpretazione univoca. Parte della dottrina ha teorizzato, infatti, che la comparazione giuridica non va intesa in maniera diversa da qualsiasi opera di rappresentazione spirituale soggetta ai canoni della teoria dell'interpretazione; non una branca specializzata, dunque, ma un caso specifico di interpretazione con funzione normativa. Per la stessa ragione non esisterebbe nel ragionamento comparativo una differenza qualitativa tra interpretazione e integrazione del diritto. In questo senso E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2^o ed., riv. e ampl. a cura di Crifò, Giuffrè, Milano, 1971, p. 452. Alcuni studiosi hanno sostenuto che la comparazione non è scienza, ma metodo; con riferimento a tale posizione, Sacco ha osservato che "ogni disciplina è in parte scienza, in parte metodo". Cfr. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, IV ed., Giappichelli, 1990, p. 13.

¹⁸ Tale finalità – individuata già agli inizi del '900 – consisteva nell'avvicinamento continuo delle legislazioni, obiettivo prioritario della comparazione. Per una panoramica completa delle diverse posizioni qui soltanto accennate si veda il completo studio di G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene editore, 2001, spec. cap. I-II-III-IV (cui si deve, in gran parte, la ricostruzione effettuata nel testo).

della volontà del legislatore, alle novità offerte dall'evoluzione sociale, politica, economica"¹⁹, di giustificare, attraverso l'elaborazione di diversi usi della comparazione, l'impiego di riferimenti normativi extrastatali nell'interpretazione giuridica²⁰. Ovviamente, in questa prima fase di studi sulla comparazione, il distacco dalla volontà del legislatore è soltanto parziale; si suggeriva un utilizzo nuovo e diverso di strumenti come analogia e consuetudine per *esprimere*, anziché *governare*, la società, che fossero in grado di cogliere gli input provenienti dalla società, creando tra essa e il diritto un legame attraverso l'interpretazione del giurista; ma solo quando la legge non detti una regola senza lacune né ambiguità perché allora "ad essa è necessario sottomettersi senza esitazioni"²¹. In altre parole *la libre recherche scientifique* doveva intervenire solo laddove la legge si fosse mostrata lacunosa, affidando all'indagine giuridica il compito di esprimere il mutamento sociale non servendosi di altre scienze ma reperendo in esse le regole utili e rielaborandole.

Questa posizione evidentemente assegnava ancora al diritto comparato una funzione residuale, per cui gli elementi da essa offerti non avrebbero avuto un ruolo scientifico, bensì empirico; gli elementi cognitivi offerti dal metodo comparato entravano, pertanto, nella valutazione dell'interprete solo quando, in caso di lacuna della legge, il ricorso ad altri saperi non si fosse rivelato utile.

Si tratta, dunque, di un ruolo pur sempre limitato assegnato alla comparazione, nella prima fase che ne ha caratterizzato lo studio, che pure ha rappresentato una delle tappe fondamentali del percorso in cui il diritto comparato si è posto gli interrogativi sul rinnovamento della dogmatica, sul superamento del vincolo del testo, sull'apertura di processi interpretativi alle dinamiche sociali; alimentando, così, un fecondo dibattito sull'utilità e sull'uso interpretativo del diritto comparato.

¹⁹ G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 27. In questa fase, l'uso della comparazione costituiva il risultato di una consapevolezza critica nei confronti dell'incapacità dell'elaborazione giuridica di trovare in sé tutti gli strumenti necessari a garantire un'evoluzione del diritto adeguata al contesto economico e sociale. Con riguardo al diritto del lavoro e al diritto in generale come scienze necessariamente imbevute di interdisciplinarietà, che insieme al metodo storico e comparato, ne segnano la struttura irrevocabilmente antipositivista, si v. la interessante rilettura weberiana di L. Nogler, *Max Weber, "giurista" del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, p. 1 ss.

²⁰ Dibattito che ha preso le mosse da la *Méthode* di Geny, coinvolgendo altri studiosi tra la fine dell'800 e i primi del '900, e li ha condotti a fornire risposte diverse alla questione posta dal superamento dei postulati napoleonici dell'*école de l'exégèse*, cioè del predominio dei metodi testuali e deduttivi accompagnato dal completo ossequio alla volontà del legislatore.

²¹ F. Génv, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2° ed., L.G.D.J., Paris, 1919, vol. I, § 35, p. 71.

Attraverso il confronto maturato a partire dal *Congrès international de droit comparé* di Parigi del 1900, si è poi sviluppato un nuovo approccio al diritto comparato, il cui obiettivo era quello di individuarne i possibili margini d'intervento nei casi di mancanza di un chiaro ed inequivoco precetto legislativo, e di chiarire la possibile configurazione del diritto comparato come scienza autonoma. Il *focus* del dibattito ha riguardato l'attitudine del metodo comparato a fornire una risposta alla questione fondamentale dell'individuazione di un metodo sussidiario d'interpretazione della legge; cosa che, ovviamente, non ha mancato di generare posizioni diversificate sul ruolo, i mezzi, il metodo e, in ultima analisi, lo spazio della comparazione rispetto alla legge e ai vincoli che ne derivano con conseguente implicazione del rapporto che essa ha con la giurisprudenza.

Pur condizionate dal diverso atteggiamento – più o meno di favore – riservato all'ingresso di elementi estranei alla legge nel processo di interpretazione legislativa, le teorie sull'uso della comparazione, che nel tempo si sono avvicinate, hanno guardato al diritto comparato come ad uno strumento di ancoraggio ad elementi oggettivi attraverso il ricorso a legislazioni o correnti dottrinali straniere, ovvero di avvicinamento e uniformazione delle legislazioni. Se nel dibattito dei primi del '900, come si è accennato, la dottrina si orientava verso l'individuazione e il riconoscimento – e accettazione – di un elemento estraneo alla legge come parte del processo d'interpretazione, e la costruzione, al contempo, del diritto comparato come scienza autonoma, nelle fasi successive la comparazione ha cominciato a essere considerata, più funzionalmente, come «un insieme di procedimenti e di categorie ermeneutiche con cui i giuristi affrontano i problemi interpretativi concreti che discendono dalle situazioni di conflitto tra norme»²². L'indagine ha cominciato a riguardare il modo attraverso il quale consentire l'ingresso nell'ordinamento nazionale delle norme e dei principi derivanti dagli ordinamenti stranieri; in ragione di ciò, la comparazione giuridica è stata chiamata a risolvere i problemi derivanti dall'incontro tra gli ordinamenti²³.

²² Per Betti, ad esempio, la comparazione, più che una scienza a sé stante è, infatti, una categoria ermeneutica con cui i giuristi affrontano i problemi interpretativi che discendono dai casi di conflitto tra norme. Essa ha un compito che va oltre la registrazione della realtà, e riguarda la creazione e configurazione di un diritto idoneo a servire per la viva applicazione ai rapporti della vita. Così E. Betti, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1925, p. 53, ove è evidente la curvatura funzionalista del metodo comparato applicato al diritto.

²³ Con il superamento del dogma della sovranità nazionale, la comparazione viene utilizzata per garantire una continuità tra interpretazione e integrazione della legge che ha come obiettivo il superamento del problema del rapporto tra ordinamenti. Cfr. – tra i molti suoi

Questo processo – in origine meramente secondario – ha dato vita a un’attività interpretativa non semplicemente conoscitiva e confermativa di risultati già acquisiti altrimenti, ma sostanzialmente creativa, che si traduce nella corretta collocazione di una norma all’interno di un sistema più ampio e nell’individuazione della portata reale degli istituti giuridici e dei loro sviluppi interpretativi. Pur sempre un’attività cognitiva, dunque, ma con un’apertura sistematica, funzionale, possibilmente, a un approccio critico all’ordinamento giuridico vigente.

In altre parole, il diritto comparato consente al giurista positivo “di accompagnare la traduzione in termini giuridici del problema economico e sociale, di cogliere la reale portata economica e sociale del problema giuridico”²⁴. Per questo, il comparatista lavora su e con regole socialmente vigenti che si pongono su una linea di continuità con il processo d’interpretazione delle norme giuridiche, che è il metodo tipico del giurista; il primo, pur non agglutinandosi nel secondo, in ragione di una intrinseca difformità metodologica, diviene funzionale ad esso²⁵. La comparazione – mentre si oppone alla dogmatica e al positivismo – concorre altresì, attraverso la valorizzazione delle tecniche argomentative usate dai giuristi pratici, alla formazione giurisprudenziale di uno *ius commune*, che nasce come *communis opinio*, formatasi a sua volta non sui principi generali o sulle categorie concettuali, ma sulla soluzione di specifiche controversie giuridiche²⁶.

Uno *ius commune* che non determina una netta uniformazione delle regole, se non in casi marginali, ma semmai dei principi fondamentali comuni; e nel far questo garantisce, oltre alla pluralità dei dialetti giuridici nazionali, regionali e addirittura municipali, una sostanziale apertura nei confronti dell’influenza indotta dal mutamento

scritti – E. Betti, *Ernst Zitelmann e il problema del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1925, p. 51.

²⁴ T. Ascarelli, *Premesse allo studio del diritto comparato*, in *Id., Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, 1952, p. 11. L’Autore individua anche l’utilità dello studio del diritto comparato sul piano dogmatico nella possibilità di costruire lo “strumento adeguato per risolvere i nuovi problemi che la vita viene sempre ponendo, mantenendo però la continuità fra le soluzioni già accettate e quelle proposte per i nuovi problemi”.

²⁵ Sul diverso modo della comparazione di contribuire all’attività interpretativa del giurista pratico sono state espresse posizioni discordanti da cui discende l’attribuzione di un eccessivo margine di discrezionalità all’interprete, si veda il dibattito tra i due grandi comparatisti Betti e Ascarelli, ricostruito da G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., cap. II, spec. p. 55 ss.

²⁶ G. Gorla, *Unificazione “legislativa” e unificazione “giurisprudenziale”. L’esperienza del diritto comune*, in *Foro it.*, V, 1977, c. 95. Su una diversa e storica prospettiva, si veda la magistrale ricostruzione del ruolo del giurista “universale” - un comparatista *ante litteram* che usava il latino al posto dell’inglese - nella costruzione scientifica dello *ius commune* europeo, di P. Grossi, *L’Europa del diritto*, Laterza, Bari, 2007.

delle condizioni politiche, economiche e sociali; e che impiega, ai fini della risoluzione delle questioni controverse, tra le varie tecniche interpretative, la *lex alii loci*²⁷, dando vita – come è stato affermato – ad «un episodio assai significativo di unificazione giuridica non affidata allo strumento della legge, ma ad un diritto comune che, senza intaccare la sovranità degli stati, era imperniato sul ricorso ad autorità persuasive e si avvaleva, *sub specie comparationis*, di tecniche della ragione orientate topicamente»²⁸.

Il metodo comparato, dunque, mentre contribuisce a espugnare definitivamente le roccaforti positiviste e nazionaliste, passate e presenti, pone dialetticamente le condizioni perché il pluralismo giuridico²⁹, e la differenziazione ordinamentale che ne deriva, non vengano negate ma, addirittura, fecondate dall'osmosi con i principi comuni che intersecano e allineano le diversità ai diversi livelli.

Il metodo comparato applicato al diritto ci narra di un'unificazione culturale che se non può fare a meno degli stati, delle leggi, della politica e delle istituzioni, ne può contingentemente (non occasionalmente) prescindere.

1.2 Segue. Altre "virtù" del metodo: interdisciplinarietà e realismo.

Il *fil rouge* che lega i diversi modi di intendere la comparazione – a partire dall'800 fino alle moderne teorizzazioni – pur con evidenti discontinuità, consiste nel fatto che, in maniera più o meno drastica, le elaborazioni concettuali sulla comparazione hanno sempre accettato e preso le mosse da una netta distinzione tra Diritto e Società. Distinzione – come noto – teorizzata nel mondo anglo-americano da Watson attraverso la teoria dei legal transplants – di cui si è già detto – e in Europa da Sacco con la teoria della circolazione dei modelli giuridici.

²⁷ Laddove per *lex alii loci* si intende quel "concorso di autorità (leggi, dottori, tribunali) e ragioni (*ratio naturalis* o *aequitatis*) in cui si può riassumere l'*interpretatio*".

²⁸ G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 109. La *communis opinio* si formava su regole, non su *nomina*; regole formatesi all'interno di un mondo il quale «comunicava» o perché i modelli di comportamento sociale erano omologhi o perché le auctoritates sulle quali il giurista, giudice o consulente, si fondava erano le medesime. Così, M. Lupoi, *La lezione di Gino Gorla per il comparatista oggi*, in *Il Foro italiano*, 1994, V, p. 448 ss., qui p. 451. Sempre attuale la lezione storica impartita da P. Grossi, op. loc. cit.

²⁹ Per un'attualizzazione in chiave europea del *legal pluralism* con riguardo ai problemi di primato di legal order posti rispettivamente dalla CGUE e dalla Corte cost. tedesca (il dilemma monismo /dualismo ordinamentale e la possibilità della coesistenza di norme contraddittorie), si v. N.W. Barber, *Legal pluralism and the European Union*, in *European law journal*, 2006, 3, p. 306 ss, specie p. 323 ss.

Grazie ad una simile prospettazione – e al di là dei problemi identitari e qualificatori connessi allo studio della comparazione³⁰ – il ricorso al metodo comparato si può dire che abbia rappresentato un elemento di sovversione più che di conferma dell'esistente. Mantenendo chiara la distinzione tra diritto e tutto ciò che è altro dal diritto, tra giurista positivo e comparatista, tra tecnica e scienza, la comparazione è, sin dal principio, servita come strumento per colmare le lacune della legge, come fattore di adeguamento del diritto alla realtà sociale, economica e culturale³¹; un metodo³² – nell'accezione "funzionale" – che, nel mettere in relazione il diritto con il contesto economico, sociale e culturale, serve ad individuare la scelta più adeguata in relazione allo scopo, al fine perseguito da una data disposizione all'interno del contesto di un dato ordinamento (cd. micro-comparazione)³³. Lo stesso metodo funzionale, grazie a una diversa prospettiva applicativa, ha poi delle implicazioni ulteriori che proiettano all'esterno di un dato sistema giuridico la ragione o l'efficacia sociale delle regole (o dei "formanti") "collegandole ai fatti socio-economici o socio-politici caratterizzanti il dato fattuale del diritto come esperienza regolativa effettiva".

In tal modo, la comparazione non si limita all'analisi della legge ma "mira a cogliere il diritto come *law in action*, cioè a evidenziare l'efficacia fattuale della regola giuridica, nel dichiarato intento (ipotesi comparativa) di rendere significativa la comparazione mettendo a confronto non tanto norme o istituti formali, quanto norme o istituti considerati nel loro contesto di motivazioni e di effetti sociali" (cd. macro-comparazione)³⁴.

³⁰ E' stato ampiamente evidenziato come, nonostante sia ormai passato un secolo da quando la comparazione ha cominciato a essere oggetto di studi approfonditi, rimangono vive e irrisolte le problematiche legate al metodo comparativo, il significato sistematico e la stessa autonomia scientifica della comparazione. Cfr., in questo senso, M. Grandi, *Comparazione giuridica*, cit., p. 1 ss.

³¹ Per Ascarelli, il diritto comparato è in primo luogo l'esperienza: "è esperienza giuridica in un ambito più vasto di quello segnato dalla sovranità dei vari stati" che si esprime innanzi tutto nella coscienza storica che consente all'interprete di essere consapevole di una serie di premesse dei concetti e delle categorie con cui questi opera abitualmente, delle quali sarebbe altrimenti incosciente". In questo senso T. Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 172-173.

³² La comparazione, però, non è solo "un" metodo; essa utilizza vari metodi differenti e il suo oggetto è costituito dai "vari diritti positivi che si riscontrano nei vari ordinamenti del mondo". Così Mattei, Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, cit.; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, 1992, p. 11.

³³ G. Gorla, *Diritto comparato e straniero*, Enc. giur. Treccani, XI, Roma, 1989.

³⁴ Le espressioni virgolettate si devono a M. Grandi, *La comparazione giuridica*, cit., qui p. 13-14.

La comparazione ha mostrato, dunque, in più di un secolo di studi e osservazione, di possedere la capacità di mettere in relazione le regole scritte e quelle non scritte, frutto del contesto sociale e culturale di riferimento; e ciò sia all'interno di un ordinamento dato sia all'esterno. E questa prospettiva – riportata nell'ambito dello scenario europeo – ha fortemente inciso, e in maniera "rivoluzionaria", sullo sviluppo del diritto sovranazionale in generale e, a maggior ragione, del diritto sociale europeo che, senza dubbio, ha costituito uno dei terreni di elezione della comparazione tanto da essere definito frutto stesso dell'applicazione del metodo comparativo³⁵.

Tra funzionalismo legislativo, convergenza regolativa per obiettivi, giurisprudenza teleologica e metodo comparato, il nesso strumentale è, pertanto, evidente e costituisce un *habitus* mentale e culturale, ma anche pratico, di cui non può fare a meno il giurista che opera nel contesto regionale europeo e da lì si proietta sulla dimensione globale³⁶: onde l'utilizzo del metodo comparato, per il giurista contemporaneo, come necessità metodologica e non come vezzo culturale.

2. Metodo comparato, ius commune e diritto sociale europeo: la comparazione "riflessiva".

Se le basi del diritto comparato moderno sono state poste a partire dall'obiettivo dell'edificazione di un *common law of mankind*, la creazione di un diritto comune per l'Europa ne rappresenta, secondo Van Gerven³⁷, la giusta (e auspicabile) evoluzione. L'idea della formazione di uno *ius commune* mostra, infatti, una chiara linea di continuità con l'attuale processo d'integrazione europea, in coerente assonanza con la quale sta nascendo uno *ius commune* europeo, inteso come diritto comune, di valenza costituzionale, costruito intorno a principi e valori comuni agli Stati membri³⁸, e fondato su una prospettiva che impone

³⁵ Nel senso che il diritto del lavoro europeo non è altro che «un diritto comparato applicato» G. Lyon-Caen, *Les apports du droit comparé au droit du travail*, in *Livre du centenaire de la Société de relation comparée. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969)*, Paris, 1969.

³⁶ Si v. l'opera dei grandi comparatisti Zweigert e Kötz, *An introduction to Comparative Law*, vol.1, Oxford, Clarendon press, 1987, p. 12: «Comparative law is an "école de vérité" which extends and enriches the "supply solutions" (...) and offers the scholar of critical capacity the opportunity of finding the "better solution for his time and place"»

³⁷ W. Van Gerven, *Bridging the gap between Community and national laws: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?*, in *CML Rev.*, 1995, p. 679 ss.

³⁸ Diritto comune europeo che, secondo parte della dottrina, avrebbe compiuto, rispetto al diritto comunitario un salto di qualità consistente nel superamento della fase funzionalista dell'integrazione economica verso una fase costituzionale di integrazione normativa. In questo senso L. Moccia, *Comparazione giuridica*, cit. p. 782.

ormai un punto di vista spaziale/globale, anziché territoriale/nazionale di osservazione comparativa del diritto³⁹.

Oltretutto le vicende attuali della crisi della dimensione europea, mostrano come «il fenomeno della concorrenza tra ordinamenti giuridici abbia il vantaggio di spiegare come mai proprio il diritto (*comune europea*) rappresenti il centro unificante dell'Unione Europea, mentre lo stesso non si può dire della politica»⁴⁰.

Linea di continuità non solo rispetto all'obiettivo della creazione di uno *ius commune* (europeo), ma anche rispetto alle modalità di perseguimento del suddetto obiettivo; modalità che non prevedono la omologazione (tramite armonizzazione giuridica) dei diversi ordinamenti, posto che «dal punto di vista della regolamentazione e della decisione del caso concreto l'ordinamento particolare (che non necessariamente è sempre quello statale) conserva tutta la sua indispensabilità, perché per arrivare al suo compimento il diritto si deve localizzare, deve prendere corpo nello spazio e nel tempo»⁴¹.

Modalità che guardano, dunque, alla comparazione come un elemento di interpretazione del diritto attraverso l'uso di evidenze empiriche – provenienti dalla realtà economica e sociale – esterne al diritto stesso (*supra* § 1.2.).

È perfino banale ricordare come la necessità di elaborare "un diritto comune del lavoro" fosse più che un'esigenza avvertita quando nel 1951 Ascarelli pronunciò il suo discorso al Congresso Internazionale di diritto del lavoro a Trieste, parlando del necessario superamento del dannoso "nazionalismo positivista" a favore della creazione di un linguaggio giuridico internazionalmente comune⁴². E lo fece, col mettere in rilievo le peculiari implicazioni del diritto del lavoro, «fenomeno

³⁹ In questi termini L. Moccia, *Comparazione giuridica*, cit., p. 775 il quale applica questo punto di vista già al rapporto *tra civil law e common law* e sposta l'asse della comparazione "dalla problematica delle tassonomie a quella dei fondamenti", come elementi conoscitivi che identificano un modo di essere del diritto riconoscibile in rapporto a determinati ambiti territoriali ma che rileva altresì sul piano spaziale di atteggiamenti e prassi, regole e principi.

⁴⁰ F. Viola, *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Esi, 2008, p. 38, "Un diritto, non più inteso soltanto come prodotto della politica, unisce, mentre la politica divide. Il diritto, inteso come *corpus iuris*, che si costruisce per l'apporto congiunto dell'armonizzazione e dell'equivalenza e che non è un ordinamento tra altri o superiore agli altri, consente il dialogo fra ordinamenti giuridici, che non sono disposti a perdere la loro particolarità presidiata dalla norma di chiusura, ma al contempo riconoscono che proprio da questa, cioè dalla comunanza tra le differenti norme di chiusura, discende la relatività delle loro scelte di politica legislativa".

⁴¹ Ancora F. Viola, *La concorrenza degli ordinamenti*, cit., p. 40.

⁴² Non a caso, quello del lavoro è stato definito come "il più eurocentrico dei diritti nazionali". In questo senso, U. Romagnoli, *I diritti sociali nella Costituzione*, in *Diritti lavori mercati*, 2005, 3, p. 521 ss.

universale, che attiene alla stessa relazione tra personalità umana e esigenze della produzione»⁴³, connesso intimamente alla struttura dello stato e dell'economia, e affermando come la funzione dello studio comparato del diritto sia quella di «ricondurci a un esame delle connessioni tra le varie norme giuridiche e più generali premesse, attinenti alla concezione del diritto e dello stato, alla storia politica e alla struttura economica dei vari paesi».

Nel tempo, il sempre maggiore interesse nei confronti della comparazione giuridica ha consentito di metterne in luce potenzialità e rischi: c'è chi, da un lato, pur ammettendone gli sviluppi positivi, ha rilevato anche i problemi derivanti dal trapianto d'istituti, soprattutto nel settore dei rapporti collettivi⁴⁴; e chi, dal lato opposto, ha sostenuto che «gli studi comparatistici più approfonditi sono diventati una base indispensabile per realizzare un'armonizzazione ragionevole tra le varie normative, e anzi un'adeguata comparazione è condizione necessaria per un'effettiva armonizzazione»; e che il metodo della comparazione giuridica è strettamente legato alle dinamiche *in progress* dell'integrazione europea⁴⁵.

Oggi, la necessità di formulare un linguaggio giuridico globalmente comune (si pensi alla portata, a un tempo, euristica e di politica del diritto europea del concetto di *flexicurity*) non solo è attuale ma ha assunto un fondamento giustificativo ulteriore in ragione, da una parte,

⁴³ T. Ascarelli, *Su un diritto comune del lavoro*, in T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato*, cit., p. 138.

⁴⁴ Il motivo risiederebbe nel fatto che il settore delle relazioni collettive è più strettamente condizionato dall'organizzazione socio-politica del singolo ordinamento. V. O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Mod. Law Rev.*, 1974, pag. 21. Si veda pure J. Schregle, *Comparative Industrial Relations: Pitfalls and Potential*, in *International Labour Review*, 1981, 120-21-22, secondo il quale è estremamente complicato oltre che dannoso estrarre da un dato sistema di relazioni industriali una singola istituzione o una regola e compararle con ciò che appare essere il corrispondente omologo di un altro paese. *Contra* M. Grandi, *Comparazione giuridica*, cit., p. 21, il quale ricorda le molte ricerche comparative condotte nel campo delle relazioni industriali che sembrerebbero confermare il contrario, oltre che la necessaria interrelazione tra gli istituti che disciplinano le relazioni collettive e quelli che disciplinano il rapporto individuale di lavoro. In effetti, soprattutto sul diritto sindacale si trasferiscono con riguardo al metodo comparato, le analoghe problematiche, anche se non del tutto coincidenti, di cui discutono gli scienziati sociali e in particolare gli studiosi di relazioni industriali: si rinvia, per tutti, a R. Hyman, *How Can We Study Industrial Relations Comparatively?*, *BCLR*, 70, 2009, pp. 3-23.

⁴⁵ Lord Wedderburn, *Comparazione e armonizzazione nel diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1991, p. 397 ss.; S. Sciarra, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di giustizia europea*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2000, 3, p. 587 ss. Ricostruisce il pensiero di questi autori, con riferimento all'esperienza regolativa dell'orario di lavoro, G. Ricci, *La comunitarizzazione «leggera»: la disciplina degli orari di lavoro in Gran Bretagna*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2001, p. 233.

della progressiva intensificazione dell'integrazione giuridica europea e, dall'altra, del venir meno dei caratteri tipicamente nazionali della legislazione sociale, e dal conseguente intreccio tra questi due elementi.

Indubbiamente, la dimensione sovranazionale all'interno della quale si sviluppa il diritto europeo presenta molto più che semplici profili d'interesse dal punto di vista comparativo; costituisce un esempio preclaro del modo in cui la comparazione ha trovato e sperimentato i suoi spazi e la sua dialettica, sia nella fase originaria della formazione del diritto comunitario sia in quella successiva – e invasiva/corrosiva delle prerogative nazionali – della sua applicazione.

La fase della formazione⁴⁶ è ampiamente caratterizzata dalla influenza degli studi comparativi sulla stessa formulazione degli istituti e delle discipline⁴⁷; ne è, anzi, il frutto principale. Tali regole – una volta assorbite – acquistano una loro autonomia in un ordinamento che sostiene e rivendica la propria originalità⁴⁸; ordinamento che, poi, si inserisce, condizionandoli, all'interno degli ordinamenti nazionali di tutti i Paesi membri, seguendo un processo circolare di *cross fertilization* in cui la regola, di derivazione particolare, torna a modificare le strutture interne di ciascuno Stato dopo avere perso i segni dell'appartenenza nazionale⁴⁹.

⁴⁶ La formazione del diritto sovranazionale risente delle peculiarità che contraddistinguono la stessa origine della Comunità Economica Europea; in argomento cfr. P. Mengozzi, *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Jus: Rivista di scienze giuridiche*, 1994, n. 3, p. 279 ss.; L. Patruno, *La "lotta per l'egemonia" nella formazione del diritto comunitario*, in *Diritto pubblico*, 2008, n. 3, p. 817 ss.

⁴⁷ Per una carrellata di esempi di istituti giuridici dell'ordinamento sovranazionale di varie derivazioni nazionali o frutto di compromessi, cfr. M. Grandi, *Comparazione giuridica*, cit., il quale ricorda, ad esempio, che la nozione di "ambiente di lavoro" è di derivazione danese; che nella direttiva n. 187 del 1977 sul trasferimento di imprese sono rintracciabili varie influenze nazionali, come nel caso della nozione di impresa e di quella di stabilimento che sono di derivazione francese. Sulla nozione di ambiente di lavoro e le sue origini scandinave cfr. B. Caruso, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1997, p. 435 ss.; M. Biagi, *L'ambiente di lavoro e la politica sociale comunitaria*, in *Lavoro e diritto*, 1992, p. 237 ss.

⁴⁸ Sulla questione, tutt'altro che pacifica (cfr. *teoria monista vs. teoria dualista*), cfr. di recente la Corte costituzionale tedesca che ha negato la natura originaria dell'ordinamento sovranazionale, confermando una posizione ormai da tempo consolidata nella propria giurisprudenza. Cfr. in argomento, *ex aliis*, M. Maduro, G. Grasso, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2009, n. 3, p. 503 ss.

⁴⁹ Quello del condizionamento reciproco è una "moneta" dalle due facce che mostra, da un lato, "l'importanza strategica" dell'impatto del diritto comunitario sulle legislazioni dei Paesi membri e, dall'altro, quello che gli ordinamenti dei Paesi membri hanno sul diritto comunitario. In questo senso W. Van Gerven, *A common law for Europe: the future meeting the past?*, in *European review of private law*, 2001, n. 4, qui p. 493.

Esempio, tra i più acclarati, del descritto meccanismo di comparazione in *action* con effetti riflessivi innervati dal diritto sociale europeo – è, come accennato, il concetto di *flexicurity*, divenuto nozione chiave di orientamento delle politiche del lavoro, oltre che di integrazione regolativa dei sistemi giuridici lavoristici in Europa. La *flexicurity* costituisce, insieme, un orientamento di politica del lavoro, un modello normativo di regolazione, ma anche un possibile nuovo paradigma scientifico del diritto del lavoro sovranazionale, al di là della sua tradizionale struttura univocamente protettiva⁵⁰.

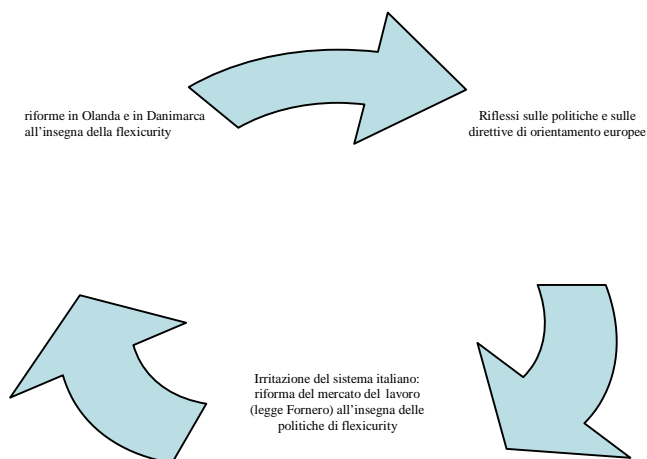
La genesi del concetto si radica nei modelli nazionali (non del tutto analoghi) danese e olandese⁵¹; da lì muove e, con un evidente effetto di *cross fertilization*, influenza le politiche delle istituzioni di governance europea⁵² che producono, a loro volta, input "irritanti" sui modelli nazionali di regolazione che reagiscono riflessivamente (si veda la recente riforma del mercato del lavoro italiano all'insegna dei principi di flessicurezza che non ha implicato, per oggettive differenze strutturali dei sistemi, operazioni di materiale trapianto degli specifici modelli e istituti nazionali danese e olandese ispirati alla *flexicurity*, ma che complessivamente si ispira a quelle politiche).

Lo schema grafico, di tale modello di comparazione riflessiva, è il seguente:

⁵⁰ B. Caruso, "The Employment Contract is Dead: Hurrah for the Work Contract!" A European Perspective, in K. Stone, H. Arthurs (eds by), *After the Standard Contract of Employment: Innovations in Regulatory Design*, Russell Sage Foundation Press (forthcoming).

⁵¹ Per ampi riferimenti ai due modelli, danese e olandese, e al concetto europeo di *flexicurity*, si veda L. Zappalà, *Flessicurezza (nozione di)*, in M. Pedrazzoli (a cura di), Nuovo lessico giuslavoristico, Bonomia University Press, Vol. 3, 2011, p. 103 ss.

⁵² La *flexicurity* esordisce come termine ufficiale accolto nel lessico comunitario nel corso del *summit tripartito* di Londra del 25 ottobre 2005. A partire da quel momento il concetto di *flexicurity* viene accolto in numerosi documenti europei, il primo dei quali è rappresentato dal *libro Verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro* (Commissione europea, Libro Verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo, COM(2006) 708 def., Bruxelles, 22 novembre 2006. Per una ricostruzione dei documenti europei sulla *flexicurity*, cfr. B. Caruso, M. Massimiani, *Prove di democrazia in Europa: la "flessicurezza" nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2007, 3, p. 457 ss.



Altro caso altrettanto evidente riguarda la liberalizzazione dell'attività di intermediazione di lavoro in Italia: in quel caso con l'intervento - in funzione di agenti dell'operazione circolatoria di modelli giuridici forgiati altrove - del formante giudiziario (la Corte di giustizia) e dottrinario (nella veste di avvocati nel caso concreto)⁵³.

Per contro, in fase di applicazione, l'impiego della comparazione si rende necessario in diversi momenti: quando, ad esempio, si tratti di individuare la norma da applicare nei casi di responsabilità extracontrattuale della Comunità⁵⁴, o di competenza della Corte di giustizia⁵⁵; ovvero, per ricostruire i "principi generali comuni", ricavati

⁵³ Il riferimento è alla nota sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 1991, C-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*. In dottrina cfr. B. Caruso, *Changes in the workplace and the dialogue of labour scholars in the "global village"*, cit.; S. Sciarra, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di giustizia europea*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1996, n. 2, p. 189.

⁵⁴ In materia di responsabilità extracontrattuale, l'art. 340 TFUE (già art. 288 TCE) al secondo comma stabilisce infatti «[...] la Comunità deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

⁵⁵ Cfr. il fondamentale studio di Pescatore, il quale ha individuato in alcune norme specifiche la fonte per un utilizzo necessario della comparazione. Cfr. Pescatore, *Le recours dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1980, p. 337 ss.

evidentemente dall'analisi comparativa degli ordinamenti nazionali⁵⁶; e per enucleare, in un secondo momento, i "diritti fondamentali" risultanti dalle "tradizioni costituzionali comuni"⁵⁷, al fine prioritario di affermare l'autonomia e la completezza dell'ordinamento comunitario, in funzione dell'obiettivo primario dell'integrazione giuridica e politica europea, e rispondere così alla sfida della teoria dei controllimiti lanciata dalla Corte Costituzionale italiana e, soprattutto, tedesca.

In tutti questi casi, emerge chiaramente l'utilità dell'approccio comparativo che condiziona principalmente il *legal reasoning* dei giudici sovranazionali⁵⁸, nel perseguimento di quella che, peraltro, costituisce una funzione tipica e originaria dell'applicazione del metodo comparato: l'integrazione di un diritto scritto "lacunoso" che per essere completato richiede l'intervento di un elemento a esso estraneo funzionale alla creazione di un collegamento tra la norma e il contesto in cui essa opera (in questo caso fatto anche degli ordinamenti nazionali dei diversi Paesi membri).

Se da un lato, quindi, la comparazione tra i diversi ordinamenti serve a "completare" il diritto sovranazionale attraverso l'individuazione delle regole necessarie al suo funzionamento "autonomo" anche – e soprattutto – nella fase successiva alla sua formazione; dall'altro, essa costituisce un passaggio necessario per garantire che il diritto sovranazionale sia applicato nella maniera più uniforme possibile all'interno degli ordinamenti nazionali⁵⁹. Per assicurare il raggiungimento

⁵⁶ Secondo un processo che è stato definito di "europeizzazione dal basso"; cfr. B. Caruso, *Changes in the workplace and the dialogue of labour scholars in the "global village"*, cit.

⁵⁷ Si tratta senza dubbio degli ambiti in cui maggiormente ha inciso la comparazione nelle interpretazioni della Corte di giustizia, il cui orientamento è stato accolto dal Trattato UE del 1992, il cui art. 6, n. 2 ha stabilito che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali (...) quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». Com'è stato affermato, «il riconoscimento delle tradizioni costituzionali comuni come fonte del diritto comunitario deve essere tuttora considerato come risultato di una regola giurisprudenziale (...)»; così A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

⁵⁸ Oltre che nelle sentenze della Corte di giustizia, chiare tracce dell'uso della comparazione si possono rinvenire nelle Conclusioni degli Avvocati Generali, in alcuni casi vere e proprie trattazioni di diritto comparato. Cfr., ad esempio, le Conclusioni dell'AG Jacobs nel caso *Albany* (Conclusioni del 28 gennaio 1999, C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*). Sull'uso della comparazione come metodo normale e fisiologico, anche se mimetizzato da parte della Corte di giustizia dell'Ue e, invece, declamato da parte degli avvocati generali, in funzione dell'obiettivo primario, dell'integrazione giuridica europea si v. K. Lenaerts, *Interlocking legal orders in the european union and comparative law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 877.

⁵⁹ Per garantire che la legislazione comunitaria sia applicata nella maniera più uniforme possibile è necessario un preliminare studio comparato esterno; cfr. W. Van Gerwen, *Come*

di quest' obiettivo unitario, la comparazione utilizza metodi differenti che incidono in maniera più o meno profonda sui singoli ordinamenti degli Stati membri, in ragione dello strumento utilizzato, che sia l'affermazione del primato del diritto sovranazionale su quello nazionale, l'obbligo dell'interpretazione conforme della disciplina interna o l'uso del rinvio pregiudiziale (v. *infra*). Tali tecniche hanno tutte metabolizzato un metodo e una prassi di comparazione di regole di ordinamento giuridico, in ragione dell'obiettivo di una realistica (perché attenta a evitare reazioni di rigetto nazionalistiche per eccessivo stravolgimento di regole e istituti domestici) strategia di integrazione giuridica.

La comparazione interviene, dunque, nel rapido scenario tracciato, come elemento imprescindibile per la formazione e l'applicazione (uniforme) del diritto sovranazionale, poiché diritto soggetto alle influenze nazionali, sia per la definizione delle proprie regole sia per la loro corretta applicazione all'interno dei singoli ordinamenti interni.

A tale alchimia creativa non sfugge il diritto originariamente più stato-centrico perché consustanziale all'idea di stato sociale (nazionale) di diritto: il diritto del lavoro.

2.1.... e il diritto sociale nazionale "europeizzato"

Il ruolo della comparazione, l'importanza del processo di circolazione e del reciproco condizionamento, che hanno caratterizzato lo sviluppo dell'ordinamento sovranazionale (soprattutto con riferimento a determinati settori) sono poi – per quello che qui interessa – tanto più significativi se si guarda all'ambito della regolazione sociale, nonostante le resistenze alla circolazione dei modelli giuridici dovute alle difficoltà di trapianto di *res alienae* in un "campo nel quale più fortemente influiscono orientamenti generali e differenze di strutture economiche"⁶⁰. È senz'altro incontestabile che il diritto del lavoro, con riguardo alla disciplina del rapporto di lavoro e ai sistemi di relazioni collettive, è uno di quei settori dell'ordinamento che maggiormente si sono sviluppati e consolidati in piena interazione con gli stati nazione; ma è allo stesso tempo vero che diversi processi evolutivi hanno, nel tempo, cambiato la fisionomia del

diritto pubblico e diritto privato si permeano. In Europa e all'interno degli Stati nazionali, in Queste istituzioni, 1998, 89 ss.

⁶⁰ T. Ascarelli, *Su un diritto comune del lavoro*, cit., p. 138; T. Treu, *Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1979, p. 167 ss. La riconoscibile e progressiva espansione della competenza dell'Unione Europea in materia sociale comunque non modifica il fatto che il nucleo duro delle questioni sociali è ancora intimamente legato alla competenza degli Stati membri secondo V. Damjanovic, De Witte, *Welfare integration through EU law: the overall picture in the light of the Lisbon Treaty*, in Neergaard, Nielsen, Roseberry (eds.), *Integrating welfare functions into EU law: from Rome to Lisbon*, DJØF Publishing, 2009, p. 53-77.

contesto economico e giuridico che costituiva il substrato nazionale-statuale del diritto del lavoro.

Tale processo fu, con grande sensibilità, intuito e razionalizzato, poco più di dieci anni fa, da un grande e compianto giurista che avvertiva che i quattro tradizionali pilastri identitari su cui si fonda il diritto del lavoro sono in via di ristrutturazione, se non addirittura di demolizione⁶¹.

Non è più lo Stato-nazione a regolare il conflitto sociale entro i propri confini perché il conflitto sociale ha ormai superato i confini dello Stato⁶² per sperimentarsi su altri terreni, fino a questo momento rivelatisi incapaci di fornire una chiara risposta in termini di tutela sovranazionale al *conflitto di diritti* che si è consumato all'interno del mercato unico europeo⁶³. È venuta meno l'organizzazione e la relativa concentrazione del lavoro industriale che aveva nella "grande fabbrica" il suo luogo emblematico; si assiste alla frantumazione del lavoro subordinato e alla delocalizzazione del luogo di lavoro per cui diventa necessario giocare la partita regolativa più sul campo dei diritti fondamentali, della dignità e della sicurezza dei lavoratori in carne e ossa, ovunque essi operino, con ricorso anche a tecniche di tutela diverse rispetto a quelle tradizionali dei diritti scaturenti da norme inderogabili⁶⁴. La piena occupazione non è più un obiettivo né all'interno degli Stati né al di fuori di essi; sono invece le

⁶¹ Cfr. il fondamentale contributo di Massimo D'Antona sulla crisi dei pilastri identitari del diritto del lavoro nazionale. Cfr. M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1998, n. 2, p. 311 ss., ora in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁶² Cfr. i casi *Laval* (18 dicembre 2007, C-341/05), *Viking* (11 dicembre 2007, C-438/05), *Rüffert* (3 aprile 2008, C-346/06), *Commissione c. Lussemburgo* (19 giugno 2008, C-319/06) che hanno plasticamente evidenziato il conflitto tra libertà economiche europee e diritti sociali nazionali. Cfr., *ex aliis*, G. Orlandini, *Trade Union rights and market freedoms: the European Court of Justice sets out the rules*, in *Comparative labor law and policy journal*, 2008, 4, p. 573 ss.; B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Vol. V del Trattato di diritto privato dell'Unione Europea, diretto da G. M. Ajani e G. A. Benacchio, Giappichelli, Torino, p. 707 ss. Per più ampi e approfonditi riferimenti, v. *infra*, par. 5, testo e note.

⁶³ Cfr. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, n. 1, p. 45 ss.

⁶⁴ Recente è l'ordinanza del Tribunale di Roma (21 giugno 2012) relativa al ricorso promosso da FIOM CGIL Nazionale nei confronti di Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A. (gruppo FIAT) che ha accertato la natura discriminatoria dell'esclusione dall'assunzione di lavoratori iscritti alla FIOM. Il Giudice, ricondotta l'affiliazione sindacale dei lavoratori al concetto di "convinzioni personali" ex art. 2 del dlgs n. 216 del 2003, ha dichiarato che l'esclusione dall'assunzione dei lavoratori iscritti al sindacato configura discriminazione collettiva ex art. 5 del dlgs n. 216 del 2003 e ha ordinato a Fabbrica Italia Pomigliano Spa di rimuovere gli effetti della condotta e di assumere 145 lavoratori iscritti alla FIOM condannando altresì al risarcimento del danno non patrimoniale.

politiche per un'occupazione maggiore e migliore (*more and better jobs*)⁶⁵ che hanno assunto una dimensione sovranazionale; esse sono, anzi, il frutto principale delle recenti politiche sovranazionali, e si intersecano – pur non essendo vincolanti – con le politiche occupazionali nazionali e la stessa regolazione sociale nazionale⁶⁶. Infine, sono venuti meno i connotati nazionali della rappresentanza generale del lavoro attraverso il sindacato; fatto questo che acquista – oggi più che mai – una ribalta sovranazionale, in virtù delle note recenti vicende che hanno riguardato l'Italia⁶⁷ e hanno dimostrato l'impraticabilità (nel senso di insufficienza) di una strenua difesa delle prerogative locali o, per meglio dire, la necessità di utilizzare strumenti diversi, perché le domande di tutela del lavoro ormai provengono da lontano – di là dei confini nazionali – e la miopia delle risposte non è più un difetto sopportabile nell'attuale assetto delle relazioni collettive⁶⁸ (cfr. *infra*, § 5).

⁶⁵ In occasione del rilancio della strategia di Lisbona, il Consiglio europeo ha riaffermato che essa si colloca nel contesto più ampio dello sviluppo sostenibile secondo cui occorre soddisfare i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri (Conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 22 e 23 marzo 2005). Il nuovo programma d'azione di Lisbona intende destinare le risorse a migliorare l'attrattiva dell'Europa come luogo in cui investire e lavorare, a stimolare la conoscenza e l'innovazione al servizio della crescita e a creare *nuovi e migliori posti di lavoro*. Per una puntuale e aggiornata analisi della recente evoluzione della agenda europea sulle politiche occupazionali si rinvia ad A. Alaimo, *Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020». Il «modello sociale europeo» al tempo della crisi: bilanci e prospettive*, in Riv. it. Dir. lav., 2012, III, p. 219 ss.

⁶⁶ Si pensi al modo in cui il perseguimento di obiettivi di politica occupazionale hanno condizionato, per fare un esempio, la regolazione del contratto a tempo determinato (sentenza della Corte di giustizia, 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*) o la disciplina dei licenziamenti individuali (sentenza della Corte di giustizia, 9 febbraio 1999, C-167/09, *Seymour Smith*).

⁶⁷ Si tratta delle vicende recenti che hanno riguardato alcuni stabilimenti della FIAT, su cui esiste già una corposa letteratura. Cfr., *ex aliis*, V. Bavaro, *Rassegna giuridico sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia*, in DLRI, 2011, n. 2, p. 351 ss.; Id., *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'«archetipo» Fiat di Pomigliano*, in QRS, 2010, p. 337 ss.; S. Leonardi, *Gli accordi separati: un vulnus letale per le relazioni industriali*, in QRS, 2010, n. 3, p. 355; R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, p. 797 ss.; S. Sciarra, *Automotive e altro: cosa sta cambiando nella contrattazione collettiva nazionale e transnazionale*, in DLRI, 2011, 2, p. 383 ss.

⁶⁸ B. Caruso, *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica e... cronaca*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, 3, p. 265 ss. Il caso Fiat sarebbe figlio delle carenze strutturali del diritto del lavoro e delle relazioni industriali sovranazionali, a loro volta alla base della tendenza transnazionale di "aziendalizzazione" della disciplina, legale e pattizia, dei rapporti di lavoro, individuali e collettivi. In questo senso E. Ales, *Dal caso "FIAT" al caso "Italia". Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 134/2011. Si veda pure l'equilibrata analisi di G. Berta, *L'internalizzazione delle relazioni industriali vista da Pomigliano d'Arco*, il Mulino, 2012, 3, p. 448 ss.

La progressiva trasformazione dei pilastri fondanti dell'identità nazionale del diritto del lavoro si è accompagnata, dunque a una altrettanto progressiva espansione della regolamentazione sovranazionale in materia sociale, frutto di una sempre più stretta integrazione europea.

Regolazione che non si è sottratta al processo di *cross fertilization*, per come sopra descritto, con l'effetto di determinare una peculiare ibridazione regolativa europea (tra "stili nazionali" e infiltrazioni propriamente europee) di alcuni tradizionali istituti del diritto del lavoro, di cui la vicenda della regolazione del contratto a termine in Italia – di cui si dirà infra – è forse il caso più paradigmatico.

Nonostante, infatti, la legislazione sociale abbia fatto la propria comparsa in un'epoca più recente rispetto alle regole di disciplina del mercato, e, in un primo momento, in funzione servente rispetto alla creazione e al buon funzionamento del mercato unico, sviluppandosi in virtù della integrazione c.d. funzionalista⁶⁹, essa ha con il tempo conquistato un ruolo significativo e sempre più centrale nel panorama del diritto europeo pur mantenendo – ad oggi – una dignità che molti ancora ritengono subalterna rispetto a quella delle libertà economiche⁷⁰.

Su di un altro, benché comunicante, versante, è altrettanto nota la storia del riconoscimento e affermazione, all'interno dello spazio europeo, dei diritti sociali la cui espansione ha coinciso in gran parte con quella dei diritti fondamentali *tout court*⁷¹.

⁶⁹ Cfr. M. D'Antona, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione Europea*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p. 700 ss. D'Antona distingueva l'armonizzazione funzionalista dall'armonizzazione coesiva, qualificando la prima come rivolta ad eliminare le distorsioni della concorrenza; mentre la seconda mira a correggere il mercato mediante l'imposizione di regole comuni ai vari ordinamenti nazionali del lavoro.

⁷⁰ Si tratta, come noto, di una «inferiorità originaria», che ha la sua fonte nel Trattato istitutivo del 1957, il quale, nella sua iniziale formulazione, contemplava esclusivamente le quattro libertà fondamentali (libertà di circolazione di merci, lavoro, servizi e capitale) e la possibilità di adottare gli strumenti eventualmente necessari a garantire l'instaurazione e il corretto funzionamento del mercato comune. Il che non vuol dire che le istituzioni comunitarie non attribuissero importanza alle questioni sociali; al contrario, ritenevano di dover lasciare la relativa competenza interamente riservata agli Stati membri, in ossequio alla loro sovranità nazionale. Cfr. da ultimo S. Giubboni, *I diritti sociali tra Costituzione italiana e ordinamento dell'Unione Europea*, in *D&L – Rivista critica di diritto del lavoro*, 2008, 4, p. 1119 ss.; Id., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, 2012.

⁷¹ A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, relazione al Convegno su "I diritti sociali dopo Lisbona", tenutosi a Reggio Calabria il 5 novembre 2011, nell'ambito del programma di ricerca scientifica di rilevante interesse nazionale (PRIN) dal titolo "I diritti sociali nelle scritture costituzionali e nel diritto vivente: il dialogo tra la Corte di giustizia europea e le Corti nazionali", co-finanziato dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca nel 2008.

Il riconoscimento, prima, e l'affermazione di rilievo costituzionale, poi, dei diritti sociali fondamentali in ambito europeo, segnano la scrittura di una carta dei diritti sovranazionale che integra e metabolizza, in un linguaggio giuridico unitario, i dialetti e le tradizioni giuridiche costituzionali nazionali; la Carta dei diritti fondamentali, e l'uso applicativo/integrativo sempre più ampio che ne fanno sia le Corti sovranazionali sia i giudici nazionali⁷² (veri e propri laboratori del nuovo metodo comparato⁷³) costituiscono l'inveramento di un vero e proprio *ius* sociale comune sempre più visibile e, pertanto, applicato (prodotto dall'alchimia europea attraverso il metodo comparato).

E' ormai narrazione conosciuta quella dei diritti sociali fondamentali nello spazio europeo: in un primo momento ignorati nel Trattato istitutivo, essi sono stati enucleati e collocati infine all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dove hanno trovato posto paritario insieme ai diritti civili e ai diritti politici. Intrecciata indissolubilmente con la sua storia costituzionale, si può benissimo seguire la storia dei diritti sociali osservando il farsi dell'ordinamento costituzionale europeo, ancorché ancora incompiuto⁷⁴.

Così, dunque, si mostrano oggi le due rive collegate dal ponte della comparazione: un diritto del lavoro nazionale sempre meno nazionale e un diritto sociale europeo sempre più europeo che non si

⁷² Cfr. i numerosi contributi contenuti in B. Caruso, M. Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes - 1/2011;

⁷³ "Although the Court of Justice and CFI – anxious to present Community law as a 'unitary' and autonomous set of rules – might erase in their judgments the too visible signs of a reasoning based on the comparison of different legal rules, the comparative approach nevertheless permeates the daily activities of the Community judge in many ways. For this reason, some commentators have called the Court of Justice and the CFI a 'laboratory of comparative law'". In questo senso, K. Lenaerts, *Interlocking legal orders*, cit., p. 876.

⁷⁴ Le vicende che hanno condotto all'abbandono del progetto di una Costituzione europea sono fin troppo note per essere qui ripercorse; basti ricordare che il termine Costituzione e costituzionale non può essere utilizzato in nessun documento europeo. Nelle Conclusioni della Presidenza tedesca del Consiglio europeo del 26 giugno 2007, nel quale è stato conferito mandato alla CIG per l'elaborazione del "trattato di riforma" dei trattati esistente, si legge, infatti, che «Il progetto costituzionale, che consisteva nell'abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato "Costituzione", è abbandonato» (p. 2); che «Il TUE e il trattato sul funzionamento dell'Unione non avranno carattere costituzionale». Si stabilisce, inoltre, che «la terminologia utilizzata in tutto il testo dei trattati rispecchierà tale cambiamento: il termine "Costituzione" non sarà utilizzato». Ciò che ha però rappresentato una svolta (nell'opinione di molti, anche se non di tutti) è stata l'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea della stessa efficacia giuridica dei Trattati (così l'art. 6, co. 2 TUE). Non è un caso che proprio "i morsi" della crisi finanziaria facciano rimpiangere l'incompiutezza del nuovo ordine politico costituzionale, da più parti considerato ormai una vera e propria necessità per la sopravvivenza economico-finanziaria dei paesi dell'eurozona e non soltanto un nobile "ideale".

contrappone ai diritti nazionali ma di essi si alimenta in processo di continua osmosi e reciproca infiltrazione che vede le Corti principali protagoniste.

In questo quadro generale, mentre gli elementi identitari del diritto del lavoro nazionale tendono a sfumare o, meglio, vengono filtrati e ricomposti *nella* e *dalla* alchimia europea, si collocano sulla scena della regolazione, con sempre maggiore evidenza, fenomeni di vera e propria sovversione degli equilibri giuridici nazionali come la globalizzazione e la progressiva intensificazione del processo di integrazione europea: tutto ciò impone un uso rinnovato della comparazione.

Ormai, «la comparazione tra i sistemi di diritto del lavoro e relazioni sindacali non ha più una funzione culturale o di conoscenza a scopi di riforma interna, anche attraverso il trapianto d'istituti. Il metodo della comparazione si inserisce, invece, in un strategia che mira a dare risposte regolative sovranazionali e transnazionali, in grado di confrontarsi con dinamiche di dislocazione degli interessi del lavoro che hanno assunto una dimensione globale. Da cui il dialogo, la ricerca e il lavoro tra i giuslavoristi europei e non solo, su strategie di tutela e su istituti di regolazione forniti di "oggettiva" transnazionalità e sovranazionalità»⁷⁵.

Le esigenze che hanno dato vita al dibattito sulla comparazione e la sua genesi – riguardante la incapacità (intesa come insufficienza) della legge a governare e dirimere i conflitti di valori e di diritti costituzionali anche di rilievo transazionale (malgrado la supplenza giudiziaria⁷⁶) – esistono ancora; esse sono, tuttavia, caratterizzate, oggi, da un elemento ulteriore; tali si manifestano, infatti, con riferimento all'incapacità di una regola nazionale a governare nuovi fenomeni sociali e culturali, che sfuggono alla classificazione legislativa (e all'idea di sovranità statale presupposta) perché esprimono fenomeni (anche conflitti giuridici) di portata sovranazionale. E ciò anche sul piano delle relazioni di lavoro collettive.

⁷⁵ B. Caruso, M. Freedland, K. Stone, *Soba metodología comparada: algunos apuntes*, in J. López López, B. Caruso, M. Freedland, K. Stone (Coord.), *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Bomarzo, 2011. Sul ruolo che la comparazione giuridica è in grado di rivestire nell'analisi dei "fattori che determinano il fondamentale profilo funzionale dell'istituto del licenziamento", cfr. di recente L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, op. cit. p. 1 ss.

⁷⁶ Sul punto si vedano le interessanti considerazioni, in chiave teorico generale, di G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al Convegno *Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, Roma Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza, 26 ottobre 2009.

Caso Fiat da un lato, e casi Laval e Viking dall'altro, in modi diversi, dimostrano come fatti giuridici globali (il mercato mondiale dell'auto e la *World Class manufacturing*⁷⁷) e regolazione sovranazionale (comprensiva delle pronunce della Corte di giustizia UE) siano in grado di condizionare sempre più intensamente anche gli ordinamenti sindacali nazionali producendo convergenze inaspettate⁷⁸.

Fenomeni che, per essere transnazionali, non possono essere regolati nella loro interezza da alcuna specifica disposizione appartenente a un dato ordinamento nazionale e su cui stenta a dispiegarsi la sovranità della legge; e che, d'altro canto, per essere frutto d'interazioni nuove che sfuggono all'autoregolazione del mercato – e alla competenza dell'Unione Europea – non sono oggetto di disciplina sovranazionale. Fenomeni nuovi e complessi, in rapporto ai quali confini e distinzioni statali e nazionali vengono meno, insieme con le certezze e categorie che ne avevano segnato e accompagnato in epoca moderna la nascita e il consolidamento⁷⁹.

In questa situazione complessiva in cui appare necessario comprendere meglio tali fenomeni e le loro implicazioni ormai al di fuori della cornice nazionale⁸⁰, la comparazione si candida a rappresentare lo strumento in grado di interpretare gli intrecci con cui via via si stanno intessendo le sorti dello "spazio unico europeo"⁸¹.

⁷⁷ G. Cerruti, *Il modello World Class Manufacturing alla Fiat auto: il Giano Bifronte della nuova razionalizzazione produttiva*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 2012, p. 167 ss.

⁷⁸ Si v. Baccaro L., Howell C., *Reformulating the argument for neoliberal convergence: institutional change in European industrial relations*, cit. e B. Caruso, *Le relazioni sindacali e la crisi europea*, cit.

⁷⁹ Con queste parole L. Moccia, *Comparazione giuridica*, cit., p. 772.

⁸⁰ Ancora in questo senso L. Moccia, *Comparazione giuridica*, cit., il quale sottolinea la necessità di avviare una riflessione autocritica "abbracciando una logica duale, calibrata sulla opportunità (se non sulla necessità) di dismettere la più tradizionale logica oppositiva dell'aut... aut, per affidarsi a quella conciliativa del sia... sia, ovvero della distinzione inclusiva", a partire dal fatto che "il cosmopolitismo della realtà del mondo odierno esprime e riflette una logica inclusiva, ovvero di complementarità degli opposti, anziché dicotomica, di vicendevole esclusione".

⁸¹ Inteso come "spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri", come recita l'art. 67, co. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Oggi più che mai si assiste alla progressiva trasformazione degli scenari nazionali come conseguenza immediata e diretta degli interventi delle istituzioni sovranazionali che vigilano e guidano la creazione dello "spazio unico europeo". Si pensi all'incisività dell'intervento della Banca Centrale Europea che nella lettera del 5 agosto 2011 ha invitato il Governo italiano a prendere le misure necessarie per "rafforzare la reputazione della sua firma sovrana e il suo impegno alla sostenibilità di bilancio e alle riforme strutturali". In altre parole, la BCE ha raccomandato all'Italia, tra le altre cose, di riformare la disciplina del mercato del lavoro.

3. Formanti e ruolo della giurisprudenza tra primato, interpretazione conforme e rinvio pregiudiziale.

In ciò che si è detto sulla comparazione giuridica, sulla qualificazione – pur non definita e definitiva – del metodo (dei metodi) della comparazione e sulle applicazioni della comparazione allo sviluppo del diritto sociale europeo, si coglie chiaramente l'incidenza che la giurisprudenza ha avuto nel rendere possibili i processi di reciproco condizionamento tra l'ordinamento sovranazionale e gli ordinamenti nazionali o, per usare un'immagine più descrittiva, nel rendere i terreni nazionali fertili all'impianto del seme sovranazionale, a partire (anche) dall'operazione opposta di "prelievo" di regole nazionali, favorendo, così, la circolazione dei flussi⁸².

Nella nota teoria di Sacco sui formanti⁸³, la giurisprudenza svolge una funzione di primo piano nella produzione del diritto in quegli

⁸² Secondo la teoria dei flussi, "i flussi sono chiamati dalla percezione che un dato dell'esperienza giuridica, tipico di un sistema, sia idoneo a risolvere un'esigenza manifestatasi in un altro sistema e che qui non trova soddisfazione attraverso l'impiego di strutture autogene". Così M. Lupoi, *Diritto "a una dimensione"?*, in *Sociologia del diritto*, 2009, p. 5 ss. Per un'analisi articolata e casistica dei meccanismi operativi di *cross fertilization* fra istituti di diritto interno e istituti di diritto comunitario, forgiati e/o utilizzati dalla Corte di giustizia Ue mediante propri metodi ermeneutici (comunque ispirati al funzionalismo integrazionista a tasso saliente di effettività), si rinvia a Lenaerts op. cit., p. 895 ss. Appare interessante la conclusione tratta dall'autore nell'importante saggio: «The preceding consideration show that the European Union, which centrally rests on the Community legal order, has its own variant of 'Ex pluribus unum', that is a set of interlocking legal orders showing mutual respect for each other based on equivalent levels of judicial protection of the rule of law. That constitutes the common platform for the legal underpinnings of European integration, a *ius commune* built with the bricks of the comparative method». Un'applicazione di tale metodo, con riguardo all'impatto di pronunce della CGUE in materia di libera circolazione delle persone sugli ordinamenti nazionali (assetto legislativo e pronunce delle corti domestiche), in *Follow-up of the case law of the Court of justice of the European union*, Thematic report 2010-2011, Rapporteurs: R. Fernhout, R. Wever, 2011.

⁸³ R. Sacco, *Legal Formants: a dynamic approach to comparative law*, in *The American journal of comparative law*, 1991, p. 1-34. Così Sacco definisce il formante: "all'interno di un ordinamento giuridico, la soluzione di un problema potrà essere condizionata da un'unica regola (soluzione ottimale), o potrà essere condizionata da una pluralità di regole (ad es., da una regola legale, e da una regola giudiziale). L'universo delle regole dotate degli stessi caratteri (es.: l'insieme delle regole giudiziali) verrà chiamato "formante" di quel dato ordinamento". Con l'espressione "formante" si intende, dunque, ogni insieme di regole e proposizioni che contribuiscono a "formare" l'ordinamento. Cfr. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, 1980, p. 3; Id., Voce: Formante, in *Digesto*, IV ed., vol. VIII, 1992. Sull'uso e sulle definizioni di *formante* in linguistica e semiotica, cfr. le voci relative nei testi: Greimas, Algirdas J. / Courtés, J., *Semiotica. Dizionario ragionato delle scienze del linguaggio*, tr. it. Firenze 1986, p.150; Dubois, J.- Giagomo, M.- Guespin, L.- Marcellesi, Ch.- Marcellesi, J.-B.- Mevel, J.-P., *Dizionario di linguistica*, tr.it. Bologna, 1979, p. 126.

ordinamenti c.d. di *common law* in cui le sentenze dei giudici costituiscono una delle fonti del diritto. E – com'è stato affermato – sul ruolo del formante giurisprudenziale la comparazione giuridica si è molto esercitata anche prima che il diritto comunitario arrivasse a incidere sulla prospettiva europea⁸⁴.

Il dibattito delle origini riguardava la competizione tra le fonti interne a ciascun ordinamento nazionale (legislazione, giurisprudenza e dottrina) e s'incentrava sul differente ruolo della giurisprudenza rispetto alla legislazione come formante nei sistemi di *common law* e di *civil law*. A essere evidenziata era la differenza tra quei sistemi in cui la giurisprudenza è fonte primaria di diritto e quelli in cui, invece, i giudici hanno un ruolo interpretativo, chiarificatore, mentre il ruolo prioritario nella creazione del diritto spetta al potere legislativo. Questa netta distinzione ha però con il tempo cominciato ad affievolirsi per il sopravvenire di numerosi fattori che hanno inevitabilmente modificato il ruolo della giurisprudenza anche nei sistemi di *civil law*, riequilibrando il rapporto tra i due formanti⁸⁵.

In ragione dell'intervento dell'ordinamento comunitario nello scenario europeo, del conseguente ampliamento dei confini nazionali e del peculiare carattere sovranazionale che contrassegna il fenomeno comunitario⁸⁶, la comparazione giuridica ha cominciato a svolgere un ruolo e una funzione centrali nella giurisprudenza della Corte di giustizia (comprensiva, in questo caso, delle argomentazioni utilizzate dagli Avvocati Generali nelle loro conclusioni) e, non ultimo, in quella degli

⁸⁴ L. Antonioli Deflorian, *Il formante giurisprudenziale e la competizione fra il sistema comunitario e gli ordinamenti interni: la svolta inefficiente di Faccini Dori*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1995, fasc. n. 1-4, p. 735 ss.

⁸⁵ E' ormai acquisito che il formante giurisprudenziale costituisca una fonte del diritto anche negli ordinamenti di *civil law*; cfr. Galgano, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 701 ss.; M. Torsello, *Il valore del precedente extrastatuale ecc.*, in *Contratto e impresa*, 2009, n. 1, p. 6; L. Antonioli Deflorian, *Il formante giurisprudenziale*, cit.; L. Moccia, *Comparazione giuridica*, cit. La radicale contrapposizione tra *civil law* e *common law*, ritenuta primitiva, è venuta meno soprattutto perché già "nel corso del XX secolo è divenuto evidente come le esperienze europee continentali abbiano concesso sempre maggiore spazio al diritto giurisprudenziale, mentre, sull'altro versante, un'orgia di legiferazione ha dato forma e veste legislativa a gran parte delle regole del *common law* classico". In questi termini, anche A. Gambaro, *Civil law e common law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, n. 4, qui p. 11. M. Lupoi, *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, FI, V, 1993, c. 431 ss.

⁸⁶ G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., il quale parla del peculiare carattere sovranazionale del diritto comunitario per distinguerlo da quello della CEDU che ha un'impronta internazionalistica e per spiegare, così, il ruolo e la funzione della comparazione giuridica più strutturate nella giurisprudenza della Corte di giustizia (qui p. 207, ma v. in generale i cap. V-VI).

Stati membri, in ragione della interazione continua dell'ordinamento sovranazionale con gli ordinamenti degli Stati membri. La parte più importante del processo d'integrazione tra l'ordinamento sovranazionale e gli ordinamenti nazionali ha, senza dubbio, preso forma e consistenza grazie all'intervento delle Corti e dei giudici in carne ed ossa, prima in assetto tutto domestico (sugli scranni dei Tribunali di casa propria), poi in assetto "multi-nazionale" presso la sede della Corte di Lussemburgo⁸⁷.

Da una parte, i giudici nazionali hanno alimentato il confronto garantendo l'interpretazione conforme delle norme interne riguardanti materie "comunitarizzate" e, nei casi controversi, utilizzando lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per ottenere la corretta interpretazione della norma sovranazionale dubbia⁸⁸; dall'altra, la Corte di giustizia ha operato continuamente al fine di garantire l'interpretazione uniforme delle norme di promanazione sovranazionale⁸⁹, secondo quanto

⁸⁷ Se – è stato affermato – la nascita dell'Unione Europea come unione economica si deve ai trattati, il suo sviluppo come comunità di diritto si deve all'opera della Corte di giustizia. In questi termini, S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 3, p. 609.

⁸⁸ Sulla maggiore propensione dei giudici di merito all'uso dello strumento del rinvio pregiudiziale, v. Lo Faro, *La Corte di giustizia e i suoi interlocutori giudiziari nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, in *Lavoro e diritto*, 1998, n. 3-4, p. 621 ss. Intorno alla utilità del rinvio pregiudiziale, se cioè esso rappresenti una risorsa o un problema, si è sviluppato un ampio dibattito; cfr.; *ex aliis*, A. Ruggeri, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (nota minima su una questione controversa)*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2012, n. 1, p. 95 ss.; G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; S. Troilo, *(Non) di solo dialogo tra i giudici vivranno i diritti? Considerazioni (controcorrente?) sui rapporti tra le Corti costituzionali e le Corti europee nel presente sistema di tutela multilivello dei diritti*, in www.forumcostituzionale.it. Sulla svolta, di rilievo costituzionale e ordinamentale, costituita dal primo caso di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana alla CGUE (primo esempio di dialogo diretto), si veda F. Fontanelli - G. Martinico, *Between Procedural Impermeability and Constitutional Openness: The Italian Constitutional Court and Preliminary References to the European Court of Justice*, in *European Law Journal*, Vol. 16, No. 3, May 2010, pp. 345-364. Non meno rilevanti nella prospettiva del testo sono i casi di "dialogo" tra giudici ovvero di "apertura delle giurisprudenze a reciproci intrecci"; come è stato affermato, infatti, la "costituzione vivente è l'esperienza quotidiana delle Corti". Cfr. Zagrebelsky, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2006, p. 302, *ma passim*.

⁸⁹ Le massime comunitarie autonome sviluppate dalla Corte di giustizia attraverso la comparazione costituiscono l'esito di indagini volte alla individuazione di modelli, che a loro volta rappresentano "l'insieme delle concezioni giuridiche più o meno tecniche che possono ritrovarsi in diversi sistemi ed anche in diverse famiglie giuridiche". In questi termini A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, 2001, p. 209; Mattei, Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Torino, 1997, p. 13 ss.

disposto dal Trattato delle origini⁹⁰, affermando con forza il primato del diritto sovranazionale, ma, allo stesso tempo, cercando di operare, con le dovute mediazioni e senza particolari strappi con gli ordinamenti nazionali, quando si è trattato di operare per l'affermazione di un principio comunitario contrario a norme domestiche⁹¹.

Di tal che, sul solco di questa competenza principale, il ruolo del formante giurisprudenziale si è esplicato seguendo una via duplice: da un lato, quella tracciata dalla Corte di giustizia la quale ha svolto la funzione di motore propulsivo dello sviluppo del diritto comunitario⁹² attraverso l'ampliamento di aree di intervento normativo e la vera e propria creazione di aree che sono poi entrate a fare parte dell'*acquis communautaire*⁹³; tutto ciò all'insegna di una pragmatica, teleologica e funzionalista concezione dell'integrazione; dall'altro, quella seguita dalle Corti nazionali le quali hanno ormai da tempo instaurato un dialogo – divenuto costante e proficuo – con la Corte di giustizia, tanto da assurgere al rango di giudici comunitari di prima istanza, in quanto primi destinatari dell'obbligo di applicare correttamente il diritto sovranazionale, garantendo l'interpretazione conforme del diritto nazionale.

Non può certamente essere trascurato il fatto che tale operazione, attivamente osmotica, realizzata dalla giurisprudenza e dalla giurisprudenza comunitaria in particolare, se riconducibile anche a cambiamenti più strutturali (la crisi del formante legislativo e della sua forza direttiva e ordinatoria, crisi a traino dell'affermarsi del costituzionalismo per valori)⁹⁴ trova un sicuro "facilitatore" nella

⁹⁰ Nel Trattato CEE delle origini, il ruolo della Corte di giustizia era definito intorno alla necessità di garantire l'interpretazione uniforme del diritto comunitario. A norma dell'articolo 220 (164) del TCE, infatti, la Corte di giustizia "assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione" dei trattati CE. Questa descrizione generale delle sue funzioni trova concreto riscontro nell'esplicita ripartizione delle competenze prevista nei Trattati (articoli 226 (169), secondo comma, 227 (170), 230 (173), 232 (175), 234-237 (177-180) e 300 (228) del TCE), nei regolamenti del Consiglio che prevedono, in certi casi particolari, un'esplicita competenza della Corte di giustizia (articolo 238 (181) del TCE) e nei compromessi fra gli Stati membri (articolo 239 (182) del TCE).

⁹¹ Per riferimenti, cfr. *supra* nt. 82.

⁹² Parla, con riferimento alla Corte di giustizia, come della "driving force behind European integration", M. Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hurt Publishing, 1998.

⁹³ L. Antonioli Deflorian, *Il formante giurisprudenziale*, cit., 1995.

⁹⁴ Scrive Scaccia: «Si può dire, allora, con enfasi voluta, che mentre la funzionalità dei principi di struttura dello Stato di diritto formale (legalità, riserva di legge, divisione dei poteri) era affidata prevalentemente al legislatore e agli apparati di governo; al contrario, i valori di riferimento e i moduli organizzativi dello Stato costituzionale contemporaneo "multilivello" (la proporzionalità e ragionevolezza, come generale istanza di adeguatezza concreta della norma al fatto regolato; la sussidiarietà come regola dei rapporti fra autorità

particolare natura "composita", aperta e multilivello dell'ordinamento europeo⁹⁵.

La comparazione è entrata così a pieno titolo nel linguaggio dei giudici nazionali e della Corte di giustizia per la quale, secondo alcuni, essa rappresenta il criterio ermeneutico per antonomasia⁹⁶; come scrive Lenaerts, citando G. Benos, l'approccio comparato «is a "quasi-compelling method of interpretation of Community law, intrinsically linked to the continuous integration process which characterises the European construction»⁹⁷. E ciò non soltanto per l'opera d'interpretazione pregiudiziale degli atti comunitari in cui la Corte deve confrontarsi con espressioni utilizzate negli ordinamenti nazionali ma che non hanno un significato proprio nell'ordinamento comunitario⁹⁸; ma anche perché i giudici di Lussemburgo provengono da esperienze giuridiche nazionali differenti e sono tenuti ad una costante omologazione del loro bagaglio culturale a quello degli ordinamenti con i quali devono di volta in volta rapportarsi⁹⁹ e dai quali hanno peraltro l'esigenza – per ragioni "diplomatiche" – di non discostarsi eccessivamente¹⁰⁰.

e libertà e al contempo come criterio di organizzazione dinamica delle funzioni pubbliche che supera le rigidità del criterio di competenza; la dignità umana come formula riassuntiva e fondante i diritti della persona) sembrano rimettere principalmente alle istanze giurisdizionali le chance di una loro effettiva attuazione e ne sollecitano pertanto un coinvolgimento più diretto nell'attività di elaborazione creativa del diritto» (G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 5).

⁹⁵ S. Cassese, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?*, *Quad. fior.*, 2002, 31, p. 142. L. Besselink, *A composite European Constitution*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007.

⁹⁶ J. Basedow, 1982, p. 127; A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, cit., p. 7. La comparazione costituisce, allo stesso tempo, il metodo comune dell'azione del legislatore europeo insieme al metodo comunitario vero e proprio secondo G. Arrigo, *A proposito della comparazione nel diritto comunitario del lavoro*, in *Diritto del Lavoro*, 2002.

⁹⁷ Lenaerts, cit., 878-9

⁹⁸ Per questo motivo, in alcuni casi, la Corte è incorsa anche in equivoci linguistici, utilizzando *nomina* che non appartengono al linguaggio sovranazionale ma interpolando in esso (impropriamente dall'angolo visuale nazionale) concetti proprio del dialetto giuridico nazionale. Si pensi alla sentenza *Wippel* in occasione della quale i giudici sovranazionali hanno fatto maldestramente ricorso, per la prima volta, a concetti dogmatici quali l'oggetto e la causa del contratto (sentenza del 12 ottobre 2004, C-313/02). Cfr. i commenti di V. Bavaro, *Lavoro a chiamata e Corte di Giustizia. A proposito di fattispecie a effetti discriminatori*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 2005, i, p. 777; P. Pizzuti, *Contratto di lavoro intermittente, e disciplina del part-time*, in *GL*, 2004, n. 49, p. 10; L. Corazza, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta e principi comunitari in tema di discriminazioni indirette*, in *MGL*, 2005, p. 176 ss.; M. Militello, *Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Diritti lavori mercati*, 2005, p. 659 ss.

⁹⁹ L.N. Brown e T. Kennedy, *The Court of Justice of the European Community*, 4^{ed.}, London, 1994, p. 314 ss.; A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, cit., p. 7.

¹⁰⁰ F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Giuffrè, 2000, p. ? Una delle critiche più dure che sono state avanzate nei confronti dei casi Laval e

La progressiva intensificazione del processo d'integrazione europea ha inciso, poi, sulle modalità stesse di interazione degli ordinamenti obbligando a un ripensamento dell'uso della comparazione giuridica che è diventata «quinto» metodo di interpretazione del diritto¹⁰¹, come nel caso, ad esempio, della giurisprudenza della Corte di giustizia sui «principi generali del diritto», in cui la comparazione rappresenta un canone imprescindibile per l'interprete (e in particolare per il giudice) il quale deve tener conto delle «catene di precedenti delle altre corti costituzionali europee», in ragione del ruolo che la comparazione è destinata a rivestire nel moderno stato costituzionale¹⁰². Quello dell'individuazione di un catalogo di diritti fondamentali proprio dell'ordinamento sovranazionale è, infatti, uno dei campi in cui più ha inciso l'uso della comparazione. Nel Trattato delle origini mancava, come noto, una competenza della Comunità sulla tutela dei diritti fondamentali per garantire la quale la Corte di Lussemburgo non ha potuto far altro che ricomprendere i diritti fondamentali nell'ambito dei "principi generali del diritto comunitario" rappresentati dalle "tradizioni costituzionali comuni" e dagli "strumenti internazionali di tutela cui gli Stati membri hanno aderito o cooperato"; il che ha attribuito alla Corte una netta vocazione comparativa¹⁰³. La questione dell'individuazione di diritti fondamentali che diventassero propri dell'ordinamento sovranazionale¹⁰⁴, ha fornito alla

Viking è che i giudici della Corte, anche in ragione del formazione culturale dei relatori dei casi, non si sono adeguatamente confrontati, nella operazione di bilanciamento tra diritti sociali e diritti economici, non solo con le tradizioni costituzionali nazionali in materia di diritti sociali collettivi, ma soprattutto con le specificità della regolazione delle relazioni sindacali e contrattuali nazionali (soprattutto nel caso Laval). Cfr. B. 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, n. 2, p. 3 ss; B. Caruso, A. Alaimo, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Trattato di diritto del lavoro* (diretto da M. Persiani, F. Carinci), Vol. II, *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva* (a cura di G. Proia), Cedam, 2011.

¹⁰¹ A. Sperti, *I giudici costituzionali e la comparazione giuridica*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2006, p. 195; J. Mertens de Wilmars, *Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 37. La comparazione costituisce uno strumento per affermare il diritto sovranazionale secondo N. Fennelly, *Legal interpretation at the European Court of Justice*, in *Fordham International Law Journal*, 1997, p. 656-79.

¹⁰² P. Häberle, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, in *Juristen Zeitung*, 1989, p. 913 ss.; A. Sperti, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, p. 125 ss., qui p. 162.

¹⁰³ G. Repetto, *Argomenti comparativi*, cit., p. 208; Koopmans, *The birth of european law at the crossroads of legal traditions*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 496 ss.

¹⁰⁴ Cfr. Sorrentino, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano*, in Cappelletti – Pizzorusso (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, 1992, Giuffrè, p. 42; G. Tesaurò, *Il ruolo della Corte di giustizia*

Corte di Lussemburgo lo spunto per svolgere un'attività interpretativa volta a garantire un'interpretazione dinamica delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e preparare, al contempo, l'ordinamento europeo al loro recepimento. Ragion per cui, nei continui processi di *judicial cross-fertilization*, la comparazione è stata qualcosa di più di un dialogo imposto dall'esistenza di raccordi istituzionali¹⁰⁵; essa ha costituito la grammatica stessa del dialogo tra giudici¹⁰⁶; dialogo che esiste nella misura in cui il ragionamento comparativo entra a fare parte della *ratio decidendi* della singola sentenza¹⁰⁷. Ed è proprio attraverso questo dialogo, continuo, rinnovato nei contenuti e alimentato dalla grammatica comparativa, che la Corte ha potuto creare un ordinamento legislativo europeo "judge-made"¹⁰⁸, inserendolo all'interno di un contesto discorsivo metacostituzionale¹⁰⁹.

nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 1999 – La costituzione europea. Atti del XIV Convegno annuale Perugia 7/9 ottobre 1999*, Padova, 2000, p. 297 ss.; F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, cit. In principio, nell'ambito del sistema comunitario – come noto – il ruolo della tutela dei diritti fondamentali doveva originariamente spettare alle Costituzioni nazionali e ai rispettivi giudici. Quando poi il vuoto di tutela a livello sovranazionale cominciò a preoccupare le corti nazionali, i giudici comunitari si trovarono a dover scegliere se sindacare la legittimità degli atti comunitari utilizzando come parametro le norme – e i diritti – delle Costituzioni nazionali o se individuare un parametro costituito da "diritti fondamentali sovranazionali" per continuare a garantire l'unità, l'autonomia e la superiorità dell'ordinamento comunitario rispetto agli ordinamenti nazionali.

¹⁰⁵ G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit.; *contra*, chi sottolinea l'importanza del dialogo tra giudici soprattutto sul terreno della globalizzazione e ritiene che si debba parlare del dialogo come una delle componenti più importanti dell'attuale "constitutional frontier". In questo senso M.F. Ferrarese nella maggior parte dei suoi lavori, tra cui cfr. M.R. Ferrarese, *Judicial dialogue and constitutionalism: a risk or an opportunity for democracy?*, in *Sociologia del diritto*, 2009, p. 113 ss.; sul ruolo costituzionale che i giudici sono chiamati a svolgere nell'arena globale v. anche S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 3, p. 609 ss.

¹⁰⁶ G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali*, cit., qui p. 319 in cui l'A. parla della "comparazione come grammatica del dialogo tra giudici".

¹⁰⁷ Quello affidato agli argomenti comparativi è un dialogo che ha la sua stessa *raison d'être* nell'elaborazione di chiavi di giudizio con cui i giudici sovranazionali, spesso anche al di là delle forme di raccordo istituzionale, sono riusciti a rinvenire matrici comuni alle diverse tradizioni nazionali in tema di diritti. Così G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali*, cit., p. 321.

¹⁰⁸ Si tratta di una affermazione corrente. Cfr. in questo senso M. Maduro, *We the Court*, cit., Hans-W. Micklitz, *Judicial activism of the European Court of Justice*, in Neergaard, Nielsen, Roseberry (eds.), *The role of Courts in developing a European Social Model*, DJØF Publishing, 2010, p. 31.

¹⁰⁹ Condivisibilmente così descrive il ruolo della comparazione con riferimento alla specificità del dialogo giurisdizionale europeo, G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali*, cit., p. 322; N. Walker, *Flexibility within a metaconstitutional frame*:

Il dialogo tra il giudice europeo e i giudici nazionali – di cui i numerosi rinvii pregiudiziali sollevati dalle Corti nazionali rappresentano il pretesto – costituisce il viatico per la creazione di una via parallela lungo la quale comincia a radicarsi – in uno con lo sviluppo di un nuovo linguaggio, frutto della evoluzione del precedente linguaggio tipico di una Comunità esclusivamente economica – un dialogo a più voci tra le alte Corti¹¹⁰ che, ad oggi, lascia «[...] intravedere positivi sviluppi per la tutela effettiva dei diritti sociali, messi a rischio dalla globalizzazione economica e da ripetuti episodi di *dumping* sociale»¹¹¹. Nelle sapienti mani dei giudici europei, sostenuto dallo scambio continuo e rinnovato di nuovi contenuti, il diritto comparato recupera così una dimensione prescrittiva e valoriale (fondandosi sui valori dell'universalismo giuridico fondato sui diritti e sulla dignità della persona)¹¹² che «milita a favore di una rivisitazione dell'uso della comparazione come strumento teorico di conoscenza critica ma anche di cambiamento pratico (la funzione "sovversiva" della comparazione)»¹¹³.

reflections on the future of legal authority in Europe, in G. De Búrca – J. Scott (eds.), *Constitutional change in the EU: from uniformity to flexibility?*, Hart, Oxford/Portland, 2000, p. 17 ss.

¹¹⁰ Il riferimento è al sempre più fitto dialogo tra Corte di Giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti costituzionali nazionali, su cui, tra gli altri, da diversi punti di vista, cfr. O. Pollicino, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010, spec. 451 ss.; G. Martinico e O. Pollicino (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen 2010; E. Malfatti, *L'"influenza" delle decisioni delle Corti europee sullo sviluppo dei diritti fondamentali (e dei rapporti tra giurisdizioni)*, in G. Campanelli-F. Dal Canto-E. Malfatti-S. Panizza-P. Passaglia-A. Pertici (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, Torino 2010, 165 ss.

¹¹¹ B. Caruso, M. Freedland, K. Stone, *Soba metodología comparada: algunos apuntes*, cit.

¹¹² Sul rapporto tra comparazione giuridica, *governance* globale e tutela dei valori universalistici, D. Kennedy, *New Approaches to Comparative Law. Comparativism and International Governance*, in *Utah L. Rev.*, 1997, 545.

¹¹³ B. Caruso, *I cambiamenti del diritto del lavoro*, cit.; di funzione "sovversiva" parla Muir-Watt H., *La fonction subversive du droit comparé*, in *Riv. Int. Droit Comp.*, 2000, 52 : 3, 503-528, che attribuisce alla comparazione giuridica il compito di svolgere una funzione critica verso l'esistente e la creazione di nuove teorie giuridiche. Tradizionalmente, nell'approccio funzionalista, sono plurime le funzioni attribuite al metodo comparato. Tra queste: a) il suo utilizzo per iniziative di politica legislativa e di redazione di testi normativi; b) di preparazione di materiali per il giudice c) veicolo di confronto dottrinale; d) strumento di ausilio dell'elaborazione di trattati e convenzioni internazionali; e) armonizzazione e unificazione di ordinamenti (oggi molto in voga in Europa soprattutto nel diritto privato e dei contratti); f) di interpretazione sistematica di istituti giuridici, quest'ultima funzione proposta da una grande giurista italiano: T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato*, cit.; v. anche R. Scarciglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 40 ss. Critico nei confronti della classificazione delle funzioni della comparazione è R. Sacco,

4. Ricadute pratiche. Il caso del contratto a tempo determinato

In questo scenario di continua circolazione di modelli giuridici e reciproco condizionamento, veicolato dalla Corte di giustizia, il caso del contratto a tempo determinato rappresenta un esempio fulgido del ruolo che la comparazione giuridica svolge nella dinamica del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali e, soprattutto, della posizione che occupano la giurisprudenza sovranazionale e il dialogo *multilevel* tra i giudici. Le vicissitudini che hanno riguardato la disciplina del contratto a termine, dalla regolazione legislativa all'interpretazione giurisprudenziale che ne è seguita, mostrano sia il modo in cui gli ordinamenti nazionali sono presi a modello per l'individuazione del contenuto della "normazione" comunitaria sia, di contro, il modo in cui l'ordinamento comunitario condiziona – o, per dirla con Teubner, "irrita" – gli ordinamenti nazionali. La centralità della comparazione si rinviene, con tutta evidenza, in ognuna delle fasi che segnano i momenti della competizione tra ordinamenti – e formanti – comunitario e nazionali, sia nella fase iniziale dell'obbligo di conformazione delle regole interne al dettato sovranazionale (con conseguente rispetto della clausola di non regresso), sia nelle successive fasi di verifica di conformità delle disposizioni (e interpretazioni) nazionali alle disposizioni (e interpretazioni) comunitarie.

Nella prima fase della regolazione legislativa, come noto, il legislatore sovranazionale ha approvato la direttiva n. 70 del 1999 al fine di dare attuazione all'accordo quadro stipulato dalle parti sociali, il cui intervento è stato sollecitato dalla Commissione, la quale ha ritenuto opportuna un'azione comunitaria relativa alla flessibilità del lavoro e alla sicurezza dei lavoratori. L'accordo che le parti sociali hanno concluso, a seguito del procedimento attivato dalla Commissione, ha fissato dei principi generali ovvero dei requisiti minimi la cui applicazione dettagliata all'interno degli ordinamenti nazionali si è previsto dovesse tener conto della situazione di ciascuno Stato membro, delle realtà specifiche delle situazioni nazionali, e delle circostanze relative a particolari settori e occupazioni, comprese le attività di tipo stagionale. La cautela nel porre (e imporre) delle regole a livello sovranazionale e l'attenzione mostrata dal legislatore europeo verso le peculiarità degli Stati, sono le

Introduzione al diritto comparato, IV ed., Giappichelli, 1990; parla del falso problema degli scopi che ha tormentato inutilmente la comparazione nella prima metà del XX secolo, A. Gambaro, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, n. 4, p. 7 ss.; cfr. anche Gambaro, Monateri, Sacco, *Comparazione giuridica*, in *Dig., disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1988, p. 48 ss.

caratteristiche del modo poco vincolante (si potrebbe dire *soft*) in cui, in questo caso, il formante legislativo europeo ha inteso condizionare i formanti legislativi nazionali. Poco vincolante – anche se, in realtà, solo in apparenza – perché la direttiva-quadro sul contratto a termine fissa soltanto pochi ma pregnanti principi generali (principio di non discriminazione e divieto di abuso derivante da un utilizzo illegittimo dei contratti a tempo determinato).

In un sistema di regole che non obbliga gli Stati all'armonizzazione intesa nel senso di uniformazione, quindi, spicca – e assume un fondamentale rilievo – la parte conclusiva della direttiva laddove si stabilisce che l'applicazione dell'accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso (*clausola di non regresso*). Previsione questa che, al contrario delle precedenti, contiene un'indicazione rigida sull'applicazione della disciplina comunitaria e che «rappresenta un vero e proprio obbligo comunitario ed il divieto di prevedere una regolamentazione peggiorativa deve essere considerato come un obiettivo da raggiungere con i mezzi prescelti dai singoli ordinamenti»¹¹⁴.

Indicazione che si colora di una intensa luce protettiva proprio in ragione della pregnanza (frutto della concreta elaborazione giurisprudenziale) dei principi richiamati e interpretati come veri e propri "principi normativi".

Tali previsioni – da una parte i principi generali, dall'altra, la clausola di non regresso – mostrano chiaramente già i diversi livelli di condizionamento tra formanti omogenei e non, di ordinamenti diversi; condizionamento che, per avere i formanti un carattere aperto¹¹⁵, presenta delle dinamiche la cui definizione ha suscitato non poche questioni interpretative. Le questioni principali che si sono poste in sede di applicazione della disciplina sono sostanzialmente due. La prima riguardante la natura della clausola di non regresso e, quindi, le conseguenze della sua applicazione sugli ordinamenti nazionali; questione che impone una comparazione delle regole positive e, quindi, dei formanti omogenei appartenenti ai diversi ordinamenti (*formante* legislativo europeo e *formante* legislativo nazionale); e che richiede una previa corretta individuazione dell'ambito rispetto al quale eseguire la comparazione tra il livello di tutela precedente e il livello di tutela successivo all'approvazione della direttiva (v. *infra*, par. 5.1). La seconda questione concernente l'interpretazione dei principi generali posti dalla

¹¹⁴ M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2002, p. 492.

¹¹⁵ R. Sacco, voce *Formante*, in Dig. It., disc. Civ. sez. priv., Torino, 1991, p. 438 ss.

direttiva e alla loro applicazione da parte dei legislatori nazionali, su cui la giurisprudenza si è ripetutamente pronunciata al fine di chiarirne la portata e assicurarne la corretta applicazione da parte degli Stati membri (v. *infra*, par. 5.2). Sentenze, queste, nelle quali la comparazione costituisce una parte riconoscibile dell'argomentazione dei giudici, orientata, com'è, a rispettare "l'esigenza di non discostarsi eccessivamente dai sistemi nazionali di origine dell'ordinamento comunitario"¹¹⁶; il che è tanto più evidente quando si tratta di dare contenuto a principi generali espressi in maniera da non snaturare le caratteristiche tipiche degli ordinamenti nazionali, come nel caso di specie.

In alcuni casi "più estremi", poi, l'uso del linguaggio della comparazione nei percorsi di elaborazione sovranazionale¹¹⁷ ha condotto la Corte – sollecitata dai rinvii pregiudiziali nazionali – a interpretare la disposizione controversa in maniera da imporre, pur indirettamente, al giudice interno il superamento di principi tipicamente domestici, propri di ambiti dell'ordinamento nazionale su cui, pure, l'UE non ha competenza specifica e, soprattutto, estranei alla disciplina del contratto a tempo determinato¹¹⁸; ciò al fine di garantire il primato dell'ordinamento sovranazionale e un'interpretazione della norma interna che sia conforme alla disciplina europea.

¹¹⁶ F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario*, cit., p. 491.

¹¹⁷ Percorsi che, alimentandosi degli apporti provenienti dai diversi ordinamenti nazionali, interagiscono poi con essi, accettandoli, e, in alcuni casi, trasformandoli e anche rifiutandoli; così G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali*, cit., p. 322.

¹¹⁸ Si pensi, ad esempio, agli effetti su un principio processuale tipico dell'ordinamento italiano – il principio processuale della corrispondenza tra chiesto e pronunciato – conseguenti all'applicazione di un principio già espresso in più occasioni dalla Corte di giustizia in base al quale "[...] ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali [...]" (punto 14 della sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Stato belga*).

Principio – quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato – che i giudici nazionali sono stati costretti ad obliterare proprio in occasione dell'applicazione della normativa interna di regolazione del contratto a tempo determinato, al fine di garantire una interpretazione della disciplina interna conforme a quella comunitaria; e ciò nonostante tale principio sia totalmente nazionale. A fronte, infatti, della richiesta da parte del ricorrente della trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato nell'ambito di un rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A., i giudici domestici sono tenuti a riconoscere la sanzione del risarcimento del danno, anche quando essa non sia oggetto della domanda attorea, bypassando dunque il principio processuale della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

4.1. La clausola di non regresso e l'uso della comparazione nell'ordinamento europeo.

Nelle direttive europee "di nuova generazione" – tra le quali rientra a pieno titolo la direttiva 99/70/CE sul contratto a tempo determinato¹¹⁹ – la comparazione ha la sua sede naturale nella formulazione della clausola di non regresso, nel senso che la comparazione rappresenta lo strumento imprescindibile per l'applicazione stessa della clausola.

Come già anticipato, proprio in ragione della previsione di principi di portata generale, la clausola di non regresso stabilisce che l'attuazione della direttiva da parte degli Stati membri non può costituire il pretesto per l'abbassamento delle tutele riconosciute dall'ordinamento nazionale¹²⁰. Orbene, al fine di comprendere se, in fase di attuazione dei precetti comunitari, il legislatore interno abbia o meno violato la clausola di non regresso, è necessario utilizzare lo strumento della comparazione.

Con la clausola di non regresso il metodo della comparazione assume una valenza inusuale rispetto alle funzioni generali prima evidenziate (cfr. *supra*); una valenza di tipo eminentemente pratico che suggerisce il fatto che la specificità ordinamentale del sistema europeo

¹¹⁹ Queste direttive c.d. quadro – tra le quali può farsi rientrare anche la direttiva 97/81/CE che disciplina il contratto a tempo parziale – sono frutto di una normazione più cauta del legislatore sovranazionale destinata a porre delle regole minime che garantiscano non l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali ma il progressivo avvicinamento delle disposizioni nazionali intorno a principi comuni; una normazione, pertanto, mirata non all'integrazione per via dell'armonizzazione normativa ma alla convergenza regolativa su obiettivi comuni di tutela. Si tratta di "discipline dal contenuto materiale poco prescrittivo e molto di principio" che, in quanto tali, rendono difficile l'interpretazione della clausola di non regresso. Cfr., in questo senso, G. Arrigo, *A proposito della comparazione nel diritto comunitario del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, 2002, n. 1-2, p. 69 ss.

¹²⁰ Le espressioni utilizzate dal legislatore comunitario sono diverse. Alcune più perentorie, come quelle secondo le quali la direttiva «[...] non può avere per effetto un abbassamento del livello di protezione [...] esistente in ogni stato membro alla data della sua adozione», oppure «[...] non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione [...] già predisposto dagli stati membri [...]», a formulazioni più dubitative secondo cui l'attuazione delle prescrizioni contenute nella direttiva «[...] non costituisce una giustificazione valida per la riduzione del livello generale di protezione». Si tratta delle diverse formulazioni della clausola di non regresso contenute, nel primo caso, nella direttiva 92/83/CEE sulla tutela delle lavoratrici e nella direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro; e, nel secondo, nella direttiva 96/34/CE sui congedi parentali, 93/104/CE sulla disciplina dell'orario di lavoro, 97/81/CE sulla disciplina del lavoro a tempo parziale, 99/70/CE sulla disciplina del lavoro a tempo determinato. Le differenze non sono però, secondo la dottrina, tanto rilevanti da giustificare un'interpretazione diversa ai fini dell'applicazione della clausola medesima. Cfr. M. Delfino, *Il principio di non regresso*, cit.

multilevel interagisca con il metodo giuridico comparato, producendone una peculiare torsione in senso eminentemente teologico-funzionale.

La clausola di non regresso induce, infatti, una comparazione tra norme dello stesso ordinamento nazionale non secondo una sequenza statica, tipica della comparazione applicata a norme (due norme di ordinamenti diversi messe a confronto nello stesso momento storico di vigenza); piuttosto secondo una sequenza temporalmente dinamica: prima → dopo, riferita a norme dello stesso ordinamento. In ragione della clausola di non regresso, la norma europea diventa causa efficiente della successione di norme nell'ordinamento interno (le norme si susseguono in ragione del necessario adattamento della norma interna alla norma europea); ma la comparazione, come specifico e necessario metodo applicato per determinare la legittimità della successione dinamica delle norme interne, non riguarda la norma europea; essa rimane estranea (poiché mero agente del cambiamento) all'attività di comparazione tra norme interne. Oltretutto, altro dato di peculiarità, la comparazione è teologicamente e prescrittivamente vincolata nel fine (in ragione del contenuto della clausola); il controllo di legittimità dell'operazione di successione delle norme, nell'ordinamento interno, alla luce della clausola di non regresso, infatti, è attuato mediante una comparazione/valutazione, in termini di maggiore/minore portata protettiva del cambiamento normativo indotto dalla legge europea e dalla clausola di non regresso ivi contenuta.

Nella pratica applicazione di questo peculiare utilizzo del metodo della comparazione, la questione fondamentale riguarda, infatti, l'individuazione dell'esatto oggetto della comparazione imposta dalla clausola di non regresso¹²¹. A tal fine, il primo problema da risolvere è costituito dall'interpretazione delle espressioni utilizzate dal legislatore comunitario nella clausola di non regresso. Nella direttiva 99/70/CE, per esempio, la clausola 8.3 definisce il campo entro cui applicare la clausola di non regresso – e, di conseguenza, rispetto al quale comparare la disciplina di attuazione della direttiva stessa e il livello di tutela preesistente – come «ambito coperto dall'accordo [...]».

La maggior parte della dottrina ritiene che l'espressione "ambito coperto dall'accordo" debba fare riferimento all'intera disciplina dettata in materia di lavoro a tempo determinato e non soltanto ai profili

¹²¹ G. Franza, *Regresso delle tutele e vincoli comunitari*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, fasc. 4-5, p. 1108 ss.; cfr. anche E. Ales, "Non regresso" senza dumping sociale ovvero del "progresso" nella modernizzazione (del modello sociale europeo), in *Diritti lavori mercati*, 2007, n. 1, p. 5 ss., il quale ritiene che dagli art. 136 e 137 TCE sarebbe possibile derivare l'esistenza di un generale principio di non regresso.

direttamente disciplinati¹²²; se, in caso contrario, si ragionasse in termini di comparazione delle sole disposizioni riguardanti parità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato e successione dei contratti (unici aspetti esplicitamente disciplinati dalla direttiva) non si potrebbe garantire il mantenimento di quello che la direttiva definisce come «il livello generale di tutela». La disputa poi sul metodo di accertamento del livello generale di tutela riguarda le modalità della comparazione, se essa cioè, vada effettuata confrontando istituto per istituto mediante «un parametro non analitico, bensì selettivo»¹²³, attento agli aspetti «della disciplina dell'istituto che hanno valore essenziale e caratterizzante»¹²⁴, ovvero al criterio del conglobamento¹²⁵. A ciò si aggiunga il fatto che, come è stato anche correttamente sostenuto, quando si parla di tutela – e livello generale di tutela – si deve intendere non solo la tutela prevista dalle disposizioni legislative ma anche quella riconosciuta da altre fonti, come i contratti collettivi, senza al contempo obliterare la tutela risultante dalle interpretazioni giurisprudenziali. Parafrasando l'insegnamento di Sacco, infatti, al fine di individuare correttamente l'oggetto della comparazione, bisogna comparare tutti i formanti che contribuiscono alla creazione del livello generale di tutela riconosciuto dalla direttiva come oggetto della comparazione¹²⁶. Il che impedisce di limitarsi alle disposizioni riguardanti gli specifici istituti regolati espressamente dalla direttiva, imponendo un confronto tra tutta la disciplina che riguarda il contratto a tempo determinato; e richiede, altresì, di tenere in conto non soltanto il formante legislativo, ma anche il formante giurisprudenziale come elemento di produzione del diritto a tutti gli effetti (v. soprattutto con riferimento alle sanzioni su cui *infra*, par. 5.2). Un'interpretazione ampia del campo di applicazione della clausola di non regresso è stata sostenuta dalla Corte di giustizia, la quale si è varie volte pronunciata affermando – tra l'altro ancora di recente – che l'Accordo quadro ha ad oggetto non

¹²² *Contra* chi ritiene che il livello generale di tutela si riferisca anche ai benefici riguardanti gli *outsiders* nell'accesso all'impiego. In questo senso G. Franza, *Regresso delle tutele e vincoli comunitari*, cit.

¹²³ U. Carabelli, G. Dondi, L. Garofalo, V. Leccese, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2004, p. 535 ss., qui p. 560.

¹²⁴ U. Carabelli, V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favore e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impresa – Europa*, 2005, n. 2, p. 539 ss.

¹²⁵ M. Delfino, *Il principio di non regresso*, cit., p. 507.

¹²⁶ Sacco scrive: «Per parlare di comparazione bisogna avere oggetti da comparare. La prima ovvia risposta alla domanda: "Che cosa si compara nel diritto?" sembrerebbe essere: le norme giuridiche di ordinamenti diversi. Ma il problema sta proprio nell'identificare la "norma"». Cfr. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, 1992, p. 43.

solo i contratti di lavoro a termine successivi, ma anche le prestazioni rese nell'ambito di un unico contratto a termine; con ciò ritenendo che la clausola di non regresso riguarda l'insieme delle disposizioni di uno Stato membro relative alla materia del contratto a tempo determinato¹²⁷. In tal modo, la Corte accede a un'interpretazione estensiva della clausola di non regresso – e prima ancora degli obiettivi perseguiti dalla direttiva – tenendo conto, al fine dell'interpretazione, dell'inserimento dei principi generali sovranazionali all'interno dell'ordinamento interno. Nel far ciò la Corte opera una valutazione comparativa degli effetti che avrebbe una limitazione della nozione "ambito coperto dall'accordo" per l'applicazione della clausola di non regresso e, dunque, del mantenimento del livello generale di tutela. All'interpretazione estensiva della clausola di non regresso, però, i giudici sovranazionali non hanno fatto seguire affermazioni nette in merito alla violazione della suddetta clausola da parte degli ordinamenti nazionali; ciò, secondo parte della dottrina, dimostrerebbe la fragilità di quello che, invece, dovrebbe costituire un argine forte contro fenomeni di *dumping* sociale occasionati proprio dall'attuazione delle direttive sovranazionali¹²⁸. Pur essendo tali

¹²⁷ Cfr., da ultimo, la sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge c. Poste italiane S.p.A.*; su cui v. L. Corazza, *La Corte di giustizia e la disciplina italiana sul lavoro a termine: sulla dubbia effettività della clausole di non regresso*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2010, p. 1225; L. Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, n. 4, p. 1050 ss.; L. Corazza, *Lavoro a termine e clausole di non regresso*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2008, p. 499 ss. Parte della dottrina ha affermato che non sarebbe violata la clausola di non regresso laddove la protezione dei lavoratori fosse ridotta per perseguire obiettivi contenuti nel Trattato anche se non espressamente richiamati nella direttiva; in questo senso M. Delfino, *Il principio di non regresso*, cit., p. 21.

¹²⁸ In questo senso, cfr. L. Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra l'interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 4, p. 1050 ss. In occasione della sentenza Mangold, ad esempio, la Corte di giustizia ha chiarito che "una *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'accordo" e che è sufficiente che l'intervento regressivo non sia "in alcun modo collegato con l'applicazione di questo". Ciò confermerebbe, secondo parte della dottrina, che la funzione della clausola è soltanto quella di impedire che un arretramento delle tutele si fondi sulla necessità di conformare l'ordinamento interno alla direttiva e non quella di garantire una cristallizzazione delle tutele. In questo senso, Franza, *Regresso delle tutele e vincoli comunitari*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, 4-5, p. 1108 ss.

In generale l'interpretazione della Corte sulla clausola di non regresso ha deluso le aspettative di chi riteneva (e sperava) che potesse rappresentare uno scudo di difesa nei confronti dei ripetuti interventi legislativi interni di modifica della disciplina. La Corte, ha infatti, via via precisato la clausola di non regresso riconducendola ad una regola di "trasparenza". Nella recente ordinanza *Vino I* (CGE 11 novembre 2010, C-20/10), infatti, la Corte ha affermato che la clausola di non regresso non solo non vieta di introdurre modifiche alla legislazione interna, anche in senso peggiorativo, purché giustificate da una

preoccupazioni comprensibili, è possibile al contempo affermare che l'interpretazione della Corte di giustizia – a un tempo rispettosa delle trasposizioni nazionali e fedele allo spirito della direttiva – ha di fatto garantito un adeguamento dell'ordinamento interno ai principi dettati a livello sovranazionale, veicolando efficacemente, attraverso l'uso del metodo comparativo, un proficuo processo di *cross fertilization*; o, per meglio dire, preconstituendosi le condizioni per veicolarlo.

Non sempre, infatti, sulla clausola di regresso si è andati oltre il dibattito dottrinario; e la vicenda che ha riguardato la disciplina italiana in materia di contratto a tempo determinato ne è un esempio. All'indomani dell'approvazione del decreto legislativo n. 368 del 2001, destinato – per espressa previsione del legislatore – a dare attuazione alla direttiva adottata due anni prima, la questione del rispetto della clausola di non regresso si è posta con particolare urgenza. Per alcuni, infatti, il provvedimento era superfluo perché interveniva in una situazione nella quale gli obblighi imposti dallo *ius superveniens* sovranazionale erano già pienamente rispettati¹²⁹; e, quindi, l'attuazione della direttiva non sarebbe stata altro che un pretesto per l'abbassamento del livello di tutela già riconosciuto ai lavoratori a tempo determinato dalla disciplina in vigore (l. n. 230/1962).

È vero che nel caso dell'Italia, la Corte costituzionale¹³⁰ non ha

motivazione diversa da quella incentrata sulla necessità di adottare la direttiva, ma può consentire modifiche *in pejus* qualunque sia la motivazione utilizzata dal legislatore (il ricorso aveva ad oggetto la disciplina italiana del contratto a tempo determinato nel settore postale, l'art. 2bis d.lgs. 368/2001). Per una ricostruzione recente delle posizioni della giurisprudenza e della dottrina in argomento, cfr. C. Alessi, *Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, WP CSDL E "Massimo D'Antona".INT – 93/2012. L'A. parla in proposito significativamente di "resistibile ascesa della clausola di non regresso".

¹²⁹ V. Speciale, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2003, 2, p. 225 ss.; Carabelli, *Intervento*, in occasione del Seminario su *La nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine*, tenutosi a Roma il 22 ottobre 2001; M. Roccella, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo a termine*, 2001, www.cgil.it/giuridico/attualita.htm, p. 1 ss., L. Zappalà, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua la direttiva travisandola*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2001, 3, p. 633 ss. La stessa Corte costituzionale aveva ritenuto che l'ordinamento italiano fosse già conforme agli obblighi derivanti dalla direttiva in quanto il legislatore del 1962 aveva adottato una serie di misure destinate ad evitare l'utilizzo abusivo dei contratti di lavoro a tempo determinato (cfr. sentenza Corte costituzionale n. 41/2000).

¹³⁰ In diverse occasioni la Corte costituzionale avrebbe potuto assumere una posizione decisa nei confronti della clausola di non regresso e non lo ha fatto, perdendo importanti occasioni per instaurare un dialogo con la Corte di giustizia. Emblematica di questo atteggiamento è la vicenda del diritto di precedenza dei lavoratori a termine affrontata dalla Corte Costituzionale, da ultimo, con la sentenza n. 44 del 2008. In tale decisione, la Suprema Corte, pur ritenendo sussistente un abbassamento del livello generale di tutela dei lavoratori a termine, ha preferito censurare la legittimità costituzionale della legge nazionale con la quale si era realizzata la modifica *in pejus* della disciplina del diritto di precedenza dei

ritenuto di dover utilizzare con particolare fermezza il veicolo della clausola di regresso per una decisa operazione di *cross fertilization* volta a condizionare direttamente le riforme italiane dell'istituto ai principi generali affermati dalla Corte di giustizia sul contratto a termine. Ma è altresì innegabile come l'intervento della Corte di giustizia in tema di interpretazione dei principi generali sovranazionali si sia rivelato tutt'altro che privo di effetti e ricadute interne e ha prodotto effetti diffusi soprattutto sulla giurisprudenza delle Corti di merito¹³¹. Se, infatti, com'è stato sostenuto, la clausola di non regresso non può costituire un obbligo di *standstill*¹³² – che costringerebbe il legislatore nazionale a un'innaturale inattività, impedendogli di assumere le normali decisioni connesse all'esercizio del potere legislativo – essa ha ciò nondimeno rappresentato, nella recente storia dell'applicazione e, soprattutto, dell'interpretazione della direttiva sul contratto a termine, il pretesto per un controllo sulle garanzie interne agli ordinamenti nazionali che ha spesso superato i limiti delle competenze dell'Unione Europea¹³³. Ciò a dimostrazione non di una

lavoratori a termine, rimanendo ancorata al dato nazionale ed evitando così il confronto con la Corte di giustizia e l'ordinamento sovranazionale. In tale pronuncia la Corte affronta il problema della eventuale violazione della clausola di non regresso, limitandosi ad affermare che l'abrogazione della disposizione che prevedeva il diritto di precedenza «non rientri nell'area di operatività della direttiva comunitaria, definita dalla Corte di giustizia» con la sentenza Mangold. Rifiutandosi di confrontarsi con la invocata violazione della clausola di non regresso, la Corte ha, infatti, implicitamente sposato la tesi secondo la quale l'ambito coperto dalla clausola di non regresso riguarda solo i profili direttamente regolati dall'accordo quadro: il diritto di precedenza non è regolato dall'accordo, dunque, non vi è problema di violazione della direttiva, ma solo un eccesso di delega da parte del legislatore delegato.

La medesima cosa è avvenuta in occasione della sentenza del 14 luglio del 2009 n. 214 nella quale la Corte ha evitato di confrontarsi con la clausola di non regresso contenuta nella clausola 8 dell'accordo europeo sul lavoro a tempo determinato, così evitando di instaurare un dialogo con la Corte di giustizia (cfr. G. Ferraro, *A proposito della sentenza n. 214/2009 sul lavoro a termine*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, p. 433); lo stesso vale con riferimento alla sentenza n. 303/2011.

¹³¹ Nel caso delle Corti di merito, la questione assume contorni totalmente opposti poiché nella quasi totalità delle sentenze che hanno ad oggetto la disciplina del contratto a tempo determinato, il richiamo alla direttiva sovranazionale e alla giurisprudenza della Corte di giustizia è costante e serrato. Per una ricostruzione delle vicende processuali cui ci si riferisce, cfr. G. Franza, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, 2010.

¹³² S. Sciarra, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Un tassello nella 'modernizzazione' del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT, 2007, n. 52.

¹³³ Cfr., a titolo di esempio, la sentenza Del Cerro Alonso, frutto di un rinvio pregiudiziale riguardante il rifiuto a riconoscere ad una lavoratrice a termine una indennità particolare riservata soltanto ai lavoratori a tempo indeterminato. Interrogata sulla presunta violazione della clausola 4 dell'Accordo quadro che vieta ogni trattamento meno favorevole, se non giustificato da ragioni obiettive, la Corte ha potuto intervenire su una materia (la retribuzione) espressamente esclusa dall'ambito delle competenze sovranazionali dall'art.

meccanicità, quanto, piuttosto, di una tendenziale serendipità nell'uso del metodo comparativo da parte della Corte di giustizia: l'effetto di adattamento ai principi generali dell'ordinamento europeo (e di predisposizione della consequenziale tutela) avviene caso per caso e laddove il giurista nazionale "meno se lo aspetta" o assume (in virtù di una visione "nazionale" dell'istituto) di doverlo aspettare. Se la circolazione non avviene tramite una strada *ad hoc* quale la clausola di non regresso, come gli interpreti si sarebbero potuti aspettare, nondimeno per le Corti soccorrono i principi generali europei, per certi aspetti più di una strada, una vera e propria *highway*.

Questo ha consentito alla comparazione – ancorché nella peculiare funzione che si è individuata –, di assumere la funzione di "adattamento" d'importanti istituti del diritto del lavoro a uno standard di comune regolazione europea e conseguente standardizzazione della tutela, che ha implicato anche notevoli processi di adeguamento sul piano della creazione di un linguaggio giuridico comune nella lingua comune: l'inglese.

Tutto ciò anche grazie allo sforzo compiuto dalla Corte di riportare a un comune linguaggio ufficiale, le sfumature giuridiche dei linguaggi nazionali in ragione della necessità di decidere (e di motivare) "europeo" sui casi (di origine) "nazionale": una sorta di (inconsapevole) istituzionalizzazione e consolidazione dell'originario "metodo dei seminari Pontignano", vale a dire, la preventiva calibrazione e il successivo allineamento dei linguaggi giuridici nazionali riguardanti specifici istituti giuridici, nella lingua comune convenzionalmente utilizzata, l'inglese; metodo caro a un grande e compianto giurista inglese di recente scomparso, protagonista di quella pionieristica esperienza di comparazione *in action*, anticipatrice del metodo comparato europeo: Lord Wedderburn of Charlton. Con tale metodo, si attribuisce a una approfondita e preliminare indagine comparata il compito di colmare il divario in presenza di piani interpretativi non perfettamente coincidenti "in modo da mettere in evidenza le lacune degli ordinamenti nazionali, ma anche gli spazi aperti all'innovazione, attraverso una corretta trasposizione e interpretazione del diritto comunitario"¹³⁴.

4.2. La comparazione e il principio di effettività del diritto sovranazionale. Le sanzioni.

137 co. 5 TCE (sentenza del 13 settembre 2007, C-307/05, *Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza (Servicio Vasco de Salud)*).

¹³⁴ Con queste parole analizza proprio l'importanza della disciplina del contratto a tempo determinato nel contesto europeo ancora S. Sciarra, *Il lavoro a tempo determinato*, cit.

Dove, poi, la comparazione ha svolto una funzione ancora più dirompente è senza dubbio l'ambito riguardante gli strumenti utilizzati dagli Stati membri per evitare un utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato; strumenti la cui determinazione rientrava nella completa disponibilità dei legislatori nazionali, apparentemente immuni, dunque, da qualunque condizionamento esterno.

In questo caso il metodo comparato, applicato all'ordinamento europeo, opera in maniera diversa rispetto a quanto sopra evidenziato con riguardo alla clausola di non regresso. Si è, infatti, fuori da un meccanismo di controllo di adeguatezza allo standard europeo della successione di norme nell'ordinamento interno indotta dall'ordinamento europeo. Ma si è anche al fuori del meccanismo ordinario della regolazione europea ove la norma sovranazionale induce il mutamento delle norme interne allo scopo dell'armonizzazione di dettaglio (regolazione tramite regolamento), ovvero il mutamento verso una tendenziale uniformità nel fine, nell'obiettivo; meccanismo che tollera difformità regolative con riguardo al mezzo (regolazione tramite direttive di prima e, ancor di più, di seconda generazione). In quest'ultimo caso, le norme degli ordinamenti nazionali vanno comparate tra di loro soltanto allo scopo di rilevare come difformità di tecniche regolative, anche marcate, siano, comunque, sostenibili e tollerabili in ragione del fatto che esse non evidenziano contrasti con l'obiettivo comune e uniforme imposto dalla regolazione europea (l'uniformità nella difformità); ciò nella misura in cui è, comunque, garantito il processo di convergenza giuridica (quanto a effetti della regolazione) degli ordinamenti¹³⁵.

Con riguardo al contratto a termine tale utilizzo della comparazione si evidenzia soprattutto nell'uso delle diverse tecniche riguardanti le ragioni giustificative dell'apposizione del termine in caso di reiterazione del primo contratto a termine o nel perseguimento delle tecniche di parità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato comparabili¹³⁶.

¹³⁵ B. Caruso, *Changes in the workplace and the dialogue of labour scholars in the "global village"*, cit.

¹³⁶ Nel nostro ordinamento, il d.lgs. 368 del 2001 di disciplina il lavoro a tempo determinato contempla all'art. 1, co. 1 le causali di apposizione del termine ("ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro"). Di recente, la legge n. 92/2012 ha introdotto un nuovo co. 1 bis nel quale si prevede che il requisito contenuto nel co. 1 non sia richiesto nell'ipotesi di un primo rapporto a tempo determinato di durata non superiore a 12 mesi con una modifica che vuole rendere la regolamentazione domestica del contratto a termine ancora più in linea con la direttiva che interviene ad impedire, soprattutto, l'abuso nella reiterazione dei contratti (senza particolari restrizioni nel primo contratto) e per altri versi a rendere la regolazione italiana ancor più in linea con il canone della *flexicurity*; ciò nella misura in cui, ad una

Nel caso degli apparati di controllo e sanzione contro l'uso abusivo del contratto a termine, come si diceva, l'autonomia regolativa rilasciata agli Stati è invece apparentemente piena.

E tuttavia risulta evidente che sugli apparati di controllo e sanzione si gioca la partita della effettività della regolazione europea; onde la verifica tramite comparazione diventa strategica. In tal caso entrano in gioco non tanto le regole europee, quanto i principi ordinamentali che assumono, da un lato, particolare valenza conformativa, dall'altro diventano parametro di controllo comparativo delle soluzioni nazionali e del loro grado di aderenza non alle regole ma direttamente ai principi europei.

E' proprio in tale ipotesi, che l'ordinamento europeo e i suoi attori (in particolare, in tal caso, la CGUE) si muovono in una logica tipicamente costituzionale pur in assenza di strutture federative di tipo statale: la costituzione "senza stato"¹³⁷.

I principi generali ordinamentali europei trasfusi in tale veste anche nella direttiva (soprattutto il principio di parità di trattamento, ma anche principi con effetti regolativi più specifici: il contratto a termine come eccezione, il contrasto all'abuso di tale strumento con la sua peculiare trasformazione funzionale da contratto per una flessibilità "buona" a "contratto senza futuro" e quindi generatore di "precarietà"¹³⁸) sarebbero inutilmente posti a livello sovranazionale se non si garantisse una uniformità nell'applicazione nazionale con riguardo al rispetto e, quindi, all'effettività degli stessi; laddove per uniformità, in questo caso, deve intendersi uniformità non già degli strumenti bensì della *ratio* generale dell'intervento regolativo e protettivo¹³⁹.

facilitazione nel ricorso al primo contratto (più flessibilità), corrispondono più restrizioni nel ricorso a tale istituto come strumento di gestione ordinaria e fisiologica dell'organizzazione produttiva e del lavoro (più sicurezza) (cfr. art. 1, co. 9, l n. 92/2012). Ove il paradosso di realizzare una pretesa maggiore sicurezza nel lavoro non colpendo gli abusi effettivi nell'uso dell'istituto (compito svolto, con discreto equilibrio nell'assetto passato, dalla giurisprudenza domestica), ma restringendone *tout court* l'utilizzabilità. Se il legislatore italiano, nella redazione dei testi normativi adeguati allo standard europeo, si fosse posto il problema di una maggiore frequentazione delle indagini comparate commissionate dalla Commissione europea, avrebbe probabilmente percepito che il problema della insicurezza e della instabilità e le relative esigenze di tutela contro la precarietà, in Europa (con pochissime eccezioni tra cui non è certo annoverabile l'Italia), si annidano altrove piuttosto che nel contratto a tempo determinato; cfr. *infra* nota 138.

¹³⁷ M. Fioravanti, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 130 ss.

¹³⁸ Cfr. il recentissimo *Study on precarious work and social rights*, carried out for the European Commission, (VT/2010/084), Working lives research institute, Faculty of Social Sciences and Humanities, London Metropolitan University, 2012, visibile in www.csdle.lex.unict.it/labourweb

¹³⁹ E comunque, «l'uniformazione inseguita dal legislatore extrastatale risulterebbe sorretta sulle sabbie mobili dell'incoerenza ove si sviluppasse inconsapevolmente prassi in forza

Uno degli obiettivi dell'Accordo quadro incorporato dalla direttiva era, infatti, quello dichiarato di creare un quadro normativo destinato alla prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.

Previsione normativa che costituisce anche un principio esplicabile nei seguenti termini: il contratto a tempo indeterminato garantisce stabilità e sicurezza; è la forma ordinaria di occupazione; il contratto a termine pur svolgendo una positiva funzione di flessibilizzazione organizzativa e presentandosi come utile strumento di inserimento lavorativo anche in ragione della garanzia di parità di trattamento con i lavoratori standard¹⁴⁰, tuttavia si trasforma in altro da sé nel caso in cui venga utilizzato abusivamente (in modo eccedente il suo uso normale). L'uso abusivo che deriva dall'incontrollata reitera deve essere adeguatamente (i.e. dissuasivamente) sanzionato.

A fronte di questa previsione che costituisce la traduzione regolativa di un principio – che gli Stati possono interpretare ciascuno utilizzando gli strumenti che ritiene più opportuni – come noto, il legislatore sovranazionale non ha disposto una disciplina puntuale che andasse oltre il divieto di discriminazione e l'individuazione di una serie di misure – alternative tra loro – capaci di prevenire gli abusi¹⁴¹. Per questo

delle quali fonti statuali sostanzialmente simili [...] rischiano di essere interpretate in maniera antinomica; per meglio dire, il contrasto può sussistere, ma deve essere combattuta l'assenza di dialogo», R. Calvo, *Il precedente extrastatuale tra fonti comunitarie e unitarietà del sistema giuridico: spunti per un dibattito*, in *Contratto e impresa*, 2008, n. 1, p. 2. Affermazione, questa, quanto mai calzante se riferita alla situazione tipica italiana in cui la medesima violazione di norme imperative riguardanti l'utilizzo di contratti a tempo determinato viene sanzionata in maniera diversa a seconda che il rapporto di lavoro si svolga alle dipendenze di un datore di lavoro privato, ovvero alle dipendenze di un datore di lavoro pubblico.

¹⁴⁰ Dalla recente ricerca condotta sul lavoro precario per conto della Commissione europea (*Study on precarious work and social rights*, cit.) risulta che il contratto a tempo determinato si colloca tra i contratti *non standard* meno "precari": «Mapping the distribution of precarious work across the 12 Member States found that informal work, bogus self-employment and zero hours' contracts produced the lowest ratings while part-time, fixed-term and full-time indefinite work produced the highest ratings, when scored in relation to nine features of employment protection, taking account both of legal rules and industrial practice».

¹⁴¹ Si tratta rispettivamente della clausola 4 sul principio di non discriminazione e della clausola 5 sulle misure di prevenzione degli abusi. Quanto a quest'ultima, l'accordo quadro individua come misure alternative da adottare in assenza di norme equivalenti e in modo che si tenga conto di settori e/o categorie specifiche di lavoratori: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti; b) la durata massima totale dei contratti a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, come già detto *supra* (nt. 115), la recente legge n. 92 del 2012 ha modificato la disciplina interna di regolazione del contratto a tempo determinato, incidendo anche sugli aspetti destinati ad evitarne l'abuso. Oltre alla

motivo, l'oggetto della comparazione deve, in questo caso, mutare parzialmente la sua fisionomia, perché a dover essere presa in considerazione, non è tanto e solo la norma adottata dal legislatore nazionale quanto la capacità che essa ha – soprattutto in ragione dell'interpretazione che ne danno la giurisprudenza e la dottrina – di raggiungere l'obiettivo individuato dal legislatore europeo e posto più come principio che come norma perfetta (dotata di sanzione).

Su questa intercapedine, più o meno ampia, si è inserita la Corte di giustizia, questa volta senza il *medium* della clausola generale (di non regresso) contenuta nella legge europea, ma utilizzando i principi generali ordinamentali per operare uno *screening* comparativo degli strumenti di effettività adottati dagli Stati, non sindacabili in quanto tali, ma solo in ragione della valutazione del *quantum* di effettività della applicazione della legge europea nei diversi ordinamenti nazionali.

Sono i principi generali che, in questo caso, orientano la valutazione comparata, da parte della CGUE, delle regole interne attraverso un meccanismo di verifica che va ben al di là della valutazione formale di adeguamento dell'enunciato normativo della disposizione interna all'enunciato normativo della direttiva sociale.

Ciò su cui si è molto concentrata l'attenzione della Corte di giustizia sono state, infatti, non già le regole specifiche adottate dal legislatore nazionale al fine di dare attuazione alla direttiva, quanto le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione di tali regole che, se non adeguate, finirebbero per vanificare l'obiettivo di tutela perseguito.

In ragione di quest'approccio, si è sviluppato quel dialogo virtuoso – evitando in alcuni casi il cortocircuito – che ha caratterizzato l'esperienza applicativa della disciplina nazionale di attuazione della direttiva sul contratto a tempo determinato, facendone un esempio eclatante del ruolo che il metodo della comparazione ha sullo sviluppo del diritto sociale europeo. Se è vero, poi, che al fine di comparare una disciplina legislativa, non si può prescindere dall'interpretazione che di essa fornisce la giurisprudenza, si comprende il motivo per cui il nostro ordinamento, pur avendo superato il vaglio della Corte di giustizia con riguardo soprattutto all'applicazione della disciplina sul contratto a termine nelle amministrazioni pubbliche¹⁴², rimane tuttavia *sub iudice*,

eliminazione dell'obbligo di addurre una ragione giustificatrice per la stipula del primo contratto di durata non inferiore a 12 mesi (co. 1**bis**, art. 1), la legge è intervenuta a riformare in vario modo l'art. 5 che disciplina le ipotesi di scadenza del termine e successione dei contratti.

¹⁴² L'art. 36 d.lgs. 165/2001 ha anche superato il vaglio interno della Corte costituzionale che ne ha ritenuto la piena conformità ai principi costituzionali. Cfr. sentenza Corte costituzionale del 27 marzo n. 89 del 2003, sulla quale v., *ex aliis*, il commento di P. Chieco,

soggetto, com'è, al profilarsi di un possibile e ancora attuale contrasto con la normativa sovranazionale qualora la norma non sia correttamente applicata rispettando i parametri dettati dai giudici sovranazionali.

La vicenda giurisprudenziale più indicativa ha riguardato l'Italia – e, con punti di partenza ed esiti diversi, anche la Grecia¹⁴³ – e, in particolare, la previsione contenuta nell'art. 36 (attualmente al comma 5) del d.lgs. n. 165 del 2001 (Testo unico sul pubblico impiego). Essa vieta in ogni caso che la violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni comporti la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Si tratta di una disposizione che non rientra nel campo di applicazione coperto dalla clausola di non regresso perché preesiste alla disciplina di attuazione della direttiva comunitaria e risponde a una *ratio* che si collega alla specialità del rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione e su cui insistono vincoli costituzionali nazionali (l'art. 97 della Cost. e l'obbligo di accesso tramite pubblico concorso)¹⁴⁴. Ciò nondimeno, una *sbagliata* (non conforme) interpretazione della norma rischierebbe di frustrare l'obiettivo principale della regolazione sovranazionale che è quello di evitare l'uso abusivo dei contratti a tempo determinato. La comparazione, dunque, in questo contesto, ha la funzione di garantire l'armonizzazione dei risultati protettivi (i.e. sanzionatori), ancorché non l'uniformazione, degli ordinamenti, attraverso l'esclusione di quella interpretazione che determinerebbe un contrasto con la disciplina sovranazionale e, di conseguenza, una applicazione antinomica della medesima regola all'interno dei diversi ordinamenti nazionali ovvero all'interno di settori speciali del medesimo ordinamento.

Secondo il giudice italiano che ha sollevato la questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia, infatti, detta disposizione avrebbe potuto essere in contrasto con la direttiva poiché produce

I contratti "flessibili" della P.A. L'inapplicabilità della sanzione "ordinaria" della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte Costituzionale, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2003, p. 500 ss.

¹⁴³ Per l'Italia, il riferimento è alle sentenze della Corte di Giustizia, entrambe del 7 settembre del 2006, C-53/04 *Marrosu e Sardino* e C-180/04, *Vassallo*. Molto più semplice, invece, la vicenda che ha riguardato la normativa greca che, del tutto priva di una sanzione nel settore pubblico in grado di garantire il raggiungimento dell'obiettivo previsto dalla direttiva, è stata ritenuta in contrasto con la normativa sovranazionale (sentenza del 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*).

¹⁴⁴ Si tratta di una previsione che risale, infatti, al 1998, quando l'art. 22 del d.lgs. n. 80 ha riscritto l'art. 36 del d.lgs. n. 29 del 1993 stabilendo il principio per cui le pubbliche amministrazioni possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili e prevedendo, al contempo, un peculiare regime sanzionatorio, rimasto invariato nel tempo nonostante le numerose modifiche che hanno riguardato il suddetto articolo.

l'abnorme conseguenza per la quale, in caso di medesima violazione di norme imperative nell'uso dei contratti a tempo determinato, sono applicate differenti sanzioni, a seconda che il contratto di lavoro sia stipulato da una pubblica amministrazione ovvero da un datore di lavoro privato.

Non è questa la sede per ripercorrere la vicenda giurisprudenziale che ha coinvolto l'Italia ed è sfociata in una parziale assoluzione della normativa "incriminata" dal momento che il meccanismo sanzionatorio previsto dall'art. 36 – secondo la Corte – è in grado di perseguire gli obiettivi individuati dalla direttiva¹⁴⁵. Ciò che, invece, rileva in questo caso è il modo in cui i giudici comunitari hanno utilizzato la comparazione e – indicando il modo *giusto* (conforme) di interpretare la disposizione nazionale: l'effetto di comparazione del principio di interpretazione conforme – hanno realizzato quella operazione di *cross fertilization* per la quale il formante legislativo e, soprattutto, il formante giurisprudenziale sovranazionali diventano parte integrante dell'ordinamento interno; diventando il pretesto della modifica di disposizioni e istituti nazionali. La Corte ha, infatti, ricordato che l'ordinamento comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano accertati abusi, attribuendo alle autorità nazionali la libertà di adottare misure adeguate per far fronte a una siffatta situazione; e che, però, tali misure «devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro».

Inoltre, a ulteriore specificazione di quanto sostenuto, la Corte ha poi precisato – attraverso un argomento che riveste una grande importanza in una prospettiva comparata – che tali norme, nonostante l'autonomia che gli Stati mantengono nella scelta degli strumenti da adottare, «non devono essere tuttavia meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)»¹⁴⁶. In tal modo, la comparazione interviene a modificare la sostanza delle disposizioni nazionali che, pur mantenendo formalmente una veste immutata, subiscono un mutamento radicale del loro contenuto perché l'intervento sovranazionale ne vincola

¹⁴⁵ M. Ranieri, *Vecchie e nuove peculiarità del contratto a termine nel pubblico impiego*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2007, n. 3-4, p. 677.

¹⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia, 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, punti n. 51-52.

interpretazione e applicazione¹⁴⁷. In tal caso è, dunque, il principio generale di effettività dell'ordinamento europeo (veicolato dal principio di interpretazione conforme) che funge da innesco del metodo della *cross fertilization*.

Si tratta di una decisione che, pur salvando la disposizione interna (con un meccanismo logico/argomentativo che richiama il metodo decisorio della Corte costituzionale della sentenza interpretativa di rigetto), finisce per introdurre delle precise condizioni che devono essere rispettate per garantirne la sopravvivenza all'interno dell'ordinamento, pena il verificarsi di un contrasto insanabile con la disciplina sovranazionale.

Cosa che accadrebbe se i giudici domestici – cui la Corte di giustizia ha affidato il compito di rendere un'interpretazione compatibile con le indicazioni sovranazionali – non fossero in grado di garantire – in caso di violazione da parte delle P.A. di norme imperative nell'uso di contratti a tempo determinato – l'applicazione di una sanzione *equivalente* a quelle applicate in caso di situazioni analoghe; ed *effettiva*, idonea cioè ad assicurare una sostanziale tutela dei diritti riconosciuti dalla direttiva. Ciò significa che il risarcimento del danno – individuato dalla Corte come l'unica possibile sanzione alternativa alla conversione – deve essere equivalente alla sanzione tipica connessa alla violazione da parte di un datore di lavoro privato delle norme in materia di contratto a tempo determinato, che è la conversione in contratto a tempo indeterminato.

Una siffatta soluzione impone il sovvertimento di un principio civilistico proprio del nostro ordinamento, secondo il quale il risarcimento del danno – oltre a non essere una sanzione in senso stretto – richiede come condizione imprescindibile per il suo riconoscimento che si sia prodotto un danno e che di tale danno si fornisca una prova certa. In virtù, dunque, dell'applicazione dei soli principi interni, in caso di violazione di norme imperative da parte di una pubblica amministrazione, si potrebbe riconoscere un risarcimento al lavoratore solo qualora egli fosse in grado di fornire la prova di un danno, economicamente misurabile. Ma quale potrebbe essere il danno ulteriore subito da un lavoratore che sia stato assunto con contratto a tempo determinato in violazione delle norme di legge – in mancanza di una valida causale oppure con una successione di contratti a tempo determinato che non rispettino le condizioni previste dalla legge o in ipotesi equiparabili –,

¹⁴⁷ D'altro canto, la Corte ha da tempo sviluppato una stabile giurisprudenza volta ad assicurare agli individui una protezione effettiva dei diritti che derivano dal diritto sovranazionale; cfr. W. Van Gerven, *Bridging the gap between community and National laws*, cit., qui p. 682.

quando sia comunque stato retribuito per le prestazioni lavorative effettuate? Nessuno parrebbe, a meno che non si voglia ipotizzare un danno da perdita di *chance* o un danno alla professionalità; danni che andrebbero però puntualmente provati. È evidente che quella richiesta al lavoratore sarebbe, in questi termini, una *probatio diabolica*, e se così si ragionasse nell'applicazione della norma controversa, il risarcimento del danno sarebbe sempre escluso con la duplice conseguenza di non applicare alcuna sanzione nel caso di violazioni commesse da una P.A., e di lasciare i lavoratori danneggiati privi di qualsivoglia tipo di tutela. Infine, una siffatta interpretazione, pur in linea con i principi nazionali, determinerebbe una chiara violazione della direttiva sul contratto a tempo determinato così come interpretata dalla Corte di giustizia.

Di tal che l'unica interpretazione possibile, orientata al rispetto del diritto sovranazionale, comporta un adattamento dell'ordinamento interno che molti giudici stentano ad accettare poiché esso impone un mutamento sostanziale dei postulati civilisti del risarcimento del danno; esso si trasforma, invece, in uno strumento sanzionatorio tipico applicabile ogni qualvolta si configuri una violazione di norme imperative che *in re ipsa* contiene un danno. In altre parole, il danno subito dal lavoratore dovrebbe farsi coincidere – senza margini di valutazione discrezionale – con la violazione compiuta dalla pubblica amministrazione.

Interpretato in tal modo, l'istituto del risarcimento del danno perde, dunque, qualunque connotato tipicamente interno per trasformarsi in altro da sé e diventare uno strumento ibrido con il corpo italiano ma l'anima europea¹⁴⁸. E se questa è una conseguenza al contempo eclatante e propria dell'immissione di principi sovranazionali nell'ordinamento interno, lo è anche il necessario superamento di un principio processuale, altrettanto tipico dell'ordinamento italiano, quale è quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, necessario per garantire il pieno ed effettivo esercizio dei diritti da parte dei lavoratori interessati¹⁴⁹.

L'impianto, dunque, del seme della sovranazionalità nell'ordinamento nazionale, germina che alcuni principi interni, peraltro non coinvolti dalla specifica disciplina oggetto di attenzione da parte della

¹⁴⁸ Espressione utilizzata, con riferimento ai contratti collettivi europei, da A. Lo Faro, *Europei, comunitari e comunitarizzati: i contratti collettivi nell'era della sovranazionalità*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, 4, p. 861 ss.

¹⁴⁹ Molti giudici di merito nazionali che si sono trovati ad applicare l'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, non potendo applicare la sanzione della conversione richiesta dal ricorrente, hanno ritenuto di non poter irrogare la sanzione per rispetto del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Si tratta di una posizione ovviamente non sostenibile perché non garantirebbe uno dei principi più volte ribaditi dai giudici sovranazionali, destinato ad assicurare il pieno esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento sovranazionale (principio di effettività).

Corte – vale a dire, la configurazione del risarcimento del danno come sanzione e il principio processuale della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato – modifichino la loro struttura fino a perdere, all'occorrenza, la propria identità "locale". Nei casi considerati, seppur nella forma quasi dell'*obiter dictum*, la Corte di giustizia ha utilizzato la comparazione come strumento di adeguamento delle regole nazionali, di fatto imponendo la modifica di istituti interni, filtrati dal principio di effettività dell'ordinamento sovranazionale, rilevanti per – ancorché non coincidenti con – la disciplina oggetto di interpretazione. Nonostante, dunque, la cautela dimostrata attraverso l'uso di una legislazione che è stata da più parti definita *soft*¹⁵⁰ – di cui la direttiva sul contratto a termine è uno degli esempi più rappresentativi –, la circolazione dei modelli giuridici tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti nazionali, ormai ampiamente sperimentata, ha finito per trasformarsi in un elemento di scardinamento dei limiti imposti dalle competenze sovranazionali e di condizionamento e adattamento delle regole nazionali a principi generali che, coinvolti nel processo di circolazione tra ordinamenti, mutano la loro sostanza e assumono la forza di precetti specifici e vincolanti. E ciò in forza di un dialogo che esiste, nei termini appena descritti, proprio grazie all'uso del linguaggio e del metodo comparativo.

5. I diritti sociali collettivi "comuni": la comparazione creativa.

L'uso giurisprudenziale della comparazione nel contratto a termine costituisce già un esempio evidente del suo rinnovamento metodologico per scopi eminentemente funzionali: la creazione di un nuovo ordinamento giuridico che agglutina e compatta - non negandoli - gli ordinamenti statuali esistenti, e che diventa causa efficiente di una continua trasformazione evolutiva degli ordinamenti interni per forza propria, ma in virtù di continui stimoli esterni¹⁵¹. Una funzione

¹⁵⁰ Strumento di quella che è stata definita la "terza via" seguita dalle istituzioni comunitarie dopo il Trattato di Amsterdam; cfr. J. Kenner, *Il capitolo sull'occupazione del trattato di Amsterdam e le politiche della terza via: quali prospettive per la soft-law?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1999, n. 4, 415 ss. Sui "più significativi momenti di enforcement nello spazio giuridico europeo", cfr., da ultimo, G. Ricci, *La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 88/2011.

¹⁵¹ Paradigmatico il caso del sistema legale della Gran Bretagna (fondato sull'assoluta primazia della legge parlamentare) dopo l'ingresso nell'Europa comunitaria, caratterizzato da un progressivo e rigoroso adattamento dal basso all'ordinamento riconosciuto come sovraordinato, attraverso il bilanciato uso delle tecniche dell'interpretazione conforme e della disapplicazione; si rinvia a S. Perfetti, *Diritto interno e diritto europeo nell'esperienza del Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010,1, p. 3 ss. Che tale

eminentemente pragmatica, quindi, ma a forte connotato politico istituzionale e anche valoriale per chi crede nell'identità europea, fondata anche su uno *ius commune*, come valore in sé.

In tal senso la comparazione giuridica (e i suoi diversi metodi¹⁵²) prende le distanze dal proprio passato anche prossimo; essa non è strumento funzionale esclusivamente a colmare i vuoti lasciati dalla legge; non ha valore puramente cognitivo¹⁵³. Nella prospettiva del diritto sociale eurounitario la comparazione assume una funzione, se non eversiva degli ordinamenti nazionali, certamente creativa di un nuovo ordinamento che, mentre non li nega, ad essi si sovrappone, condizionandone l'evoluzione e il cambiamento; contribuisce in tal modo a configurare l'ordinamento europeo multilivello, a identità autonoma, fuori dallo stucchevole dualismo teorico tra monismo e dualismo giuridico¹⁵⁴.

processo di progressiva integrazione avvenga non senza frizioni e che sia da più parti ostacolato suscitando ampie riserve, in nome della preservazione dell'identità costituzionale nazionale, è circostanza ampiamente nota, accentuata dalle attuali difficoltà delle istituzioni europee di fronte all'imperversare della crisi economica e finanziaria di alcuni paesi dell'eurozona che rischia di coinvolgere lo strumento sinora, simbolicamente e fattualmente, più significativo: la moneta unica. Per un esempio di antieuropeismo costituzionale di sinistra si rinvia al discutibile scritto di C. De Flores, *Diritti e giurisdizione nell'Unione europea*, in *Democrazia e diritto*, 2011, 3-4, p. 245 ss., ove si arriva a giustificare, in nome del nazionalismo costituzionale tedesco e della prevalenza delle competenze dello Stato sull'Unione, la disciplina discriminatoria tedesca sul diritto di accesso delle donne alle forze armate, messa in discussione dalla CGUE sulla base della direttiva di parità del 1976 (p. 270, nt. 85). Mentre si scrive, le sorti dell'Europa sembrano dipendere dalle decisioni della Corte costituzionale tedesca; situazione che, nello smentire l'imperialismo integrazionista della corte europea, dovrebbe riscontrare il plauso di coloro che, come il criticato autore, si dichiarano alfieri del patriottismo costituzionale, per altro in una situazione, come segnala lucidamente Massimo Riva, *La Versailles di Berlino*, in *La Repubblica* del 18.08.2012, di Versailles rovesciata, con la Germania nei panni delle grandi potenze che la vessarono dopo la prima guerra mondiale, dischiudendo le porte alla tragedia nazista.

¹⁵² Per una chiara distinzione tra comparazione giuridica (*rectius* i suoi diversi metodi) e diritto comparato, A. Vespaziani, *La dottrina costituzionale europea nell'era post-ontologica del diritto comparato*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2004, p. 553.

¹⁵³ Strumento di "conoscenza per differenziazione" che portava a progettare le riforme "imparando dagli errori altrui": così M. Barbera, B. Caruso, *L'apporto della dottrina giuslavoristica italiana*, cit.

¹⁵⁴ Nella prospettiva pluralista assunta da N. W. Barber, *Legal Pluralism*, cit. p. 326, l'ordinamento europeo andrebbe considerato né in termini giuridicamente monisti né dualisti, bensì come il risultato di due sistemi "overlapped". Com'è noto, le tecniche di dialogo nascosto tra CGUE e le Corti supreme nazionali (doppia pregiudizialità, distinzione sottile tra non applicazione e disapplicazione, riconoscimento dell'efficacia erga omnes delle sentenze interpretative della CGUE ecc.), nell'orizzonte della c.d. *comity giudiziale*, hanno contribuito ad attenuare la rigida contrapposizione tra approccio monista (della CGUE) e dualista (delle Corti costituzionali nazionali), con l'effetto di una *flessibilizzazione delle supremazie* e conseguente attenuazione della contrapposizione, anche giudiziaria, tra teoria

In tale prospettiva, sul piano della teoria della comparazione, vanno condivise due acquisizioni: a) una di tipo analitico nel senso che, guardando all'esperienza europea, l'osservazione non deve mirare a individuare le caratteristiche vincenti dei modelli capaci di circolare, ma analizzare le strategie argomentative usate dai sistemi che recepiscono istituti di altri sistemi (con quel che consegue in termini di visione dinamica e aperta dei sistemi giuridici e pluralistica del ruolo dei diversi formanti); b) l'altra riguardante il processo di formazione del diritto sociale comune europeo: esso avverrà sempre più per contaminazioni dei vari sistemi (interni ed esterni all'UE¹⁵⁵), e soprattutto l'equilibrio che verrà a crearsi sarà instabile e dinamico. Su tale instabilità, un ruolo importante giocheranno le divergenti interpretazioni sul significato normativo delle tradizioni costituzionali che si vogliono comuni¹⁵⁶.

Queste due acquisizioni servono da premessa generale rispetto alla valutazione delle decisioni della Corte di giustizia Ue sui diritti sociali di natura collettiva (sciopero e contrattazione collettiva) e ai riflessi, da molte parti, ritenuti 'invasivi' sulle "tradizioni costituzionali" dei paesi coinvolti direttamente¹⁵⁷ e, di riflesso, delle tradizioni costituzionali comuni: una contaminazione negativa.

In questo caso la circolazione dei modelli (nazionale e sovranazionale) avrebbe, infatti, legittimato il *social dumping* con riguardo alla tutela dei diritti sociali collettivi¹⁵⁸, posto che, nella migliore

monista e teoria dualista. Si rinvia a F. Fontanelli – G. Martinico, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello*, in RTDP, 2008, p. 357 e nt. 22.

¹⁵⁵ Sulla contaminazione tra i concetti di civil right e social right nel linguaggio della Corte EDU, attraverso l'interpretazione dell'art. 11 della Carta europea dei diritti umani, con riferimento a recenti casi riguardanti la libertà (negativa) di contrattazione collettiva (*Demir and Baykara v. Turkey*), si rinvia a G. Romeo, *Civil rights v. social rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?*, in www.europeanrights.eu/public/commenti/ROMEO.pdf. Per una prospettiva analoga di accostamento dei diritti sociali ai diritti civili con riferimento all'ordinamento sovranazionale a partire dall'analisi dei casi Laval e Viking, cfr. T. Novitz, *A human rights analysis of the Viking and Laval judgments*, in *Cambridge yearbook of european legal studies*, 2008, p. 541 ss.

¹⁵⁶ In testo riprese le condivisibili considerazioni di A. Vespaziani, *La dottrina costituzionale*, cit. p.559.

¹⁵⁷ Il riferimento è alle sentenze Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*; Corte di giustizia, 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking*; Corte di giustizia, 3 aprile 2008, C-346/06 *Rüffert*; Corte di giustizia (Grande Sez.), 15 luglio 2010, C- 271/2008, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*.

¹⁵⁸ Cfr. in argomento U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009; M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, *Lav. dir.*, 2008, p. 371; P. Dorssemont, *L'esercizio del diritto all'azione collettiva contro le libertà economiche fondamentali dopo i casi Laval e Viking*, *Dir. lav. merc.*, 2008, p. 508; A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni*

delle ipotesi, la CGUE avrebbe operato una comparazione al ribasso tra le tradizioni costituzionali comuni sui diritti sociali¹⁵⁹; la nozione europea di diritto di azione sindacale (sia con riguardo al conflitto sia alla negoziazione collettiva) da essa confezionata all'atto del bilanciamento con le libertà economiche, si sarebbe attestata al minimo comune denominatore di tali tradizioni, ignorando, in tal modo, gli standard nazionali più alti (svedese, tedesco e finlandese) di protezione e, soprattutto, promozione dell'azione contrattuale e conflittuale; il tutto con ricadute di adattamento peggiorativo del sistema regolativo delle relazioni sindacali nel caso della Svezia (ma anche tedesco con riguardo alla contrattazione decentrata) in ragione dell'allineamento (effettuato discrezionalmente dalle corti domestiche) allo standard sovranazionale, ingenerato dalla pronuncia della Corte europea¹⁶⁰. Nella peggiore delle ipotesi, imponendo – nell'ordinamento sovranazionale – un bilanciamento costituzionale strutturalmente sfavorevole ai diritti sociali nei confronti delle libertà economiche, considerate, invero, al contrario dei primi, principi generali dell'Unione; tutto ciò per giustificare, e prescrivere, una diversa costruzione, esito indiretto di un'operazione di comparazione: i diritti sociali non come diritti fondamentali, ma come meri vincoli esterni alle libertà fondamentali e, pertanto, governati dal principio di proporzionalità (il loro godimento non può danneggiare, oltre un certo limite ragionevole, la libertà economica); un uso pertanto 'sovversivo' della comparazione nei confronti delle tradizioni costituzionali nazionali, non in vista di obiettivi di emancipazione sociale ma, al contrario, in funzione della prevalenza nello spazio europeo dei valori di mercato e della libera circolazione.

Quel che più colpisce l'osservatore, a conferma dei percorsi argomentativi *random* e casistici della CGUE, è il paradossale impiego dei

minime in margine ai casi Laval e Viking, *Lav. dir.*, 2008, p. 63; S. Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, *Lav. dir.*, 2008, p. 245; G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Europa dir priv.*, 2006, p. 947.

¹⁵⁹ Nella prospettiva assunta da A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti*, cit., p. 41, sentenze come *Laval* e *Viking* non vanno lette nell'ottica di una dinamica di bilanciamento tipica di un ordinamento conformato ai canoni del costituzionalismo multilivello; ma sono sintomatiche di una dinamica di sovranità, denegata o accettata, tipica di un sistema (ancora) ispirato alla logica della ripartizione delle competenze; un logica, dunque, se intendiamo bene di conflitto di sovranità sui diritti sociali fondamentali.

¹⁶⁰ Cfr. J. Malmberg, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive* e R. Zahn, B. De Witte, *La prospettiva dell'Unione Europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, entrambi in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2011, rispettivamente p. 371 e p. 473.

materiali normativi nell'operazione di *cross fertilization* dei diritti sociali collettivi.

Con *Albany*¹⁶¹, infatti, la sostanziale immunità del diritto di contrattazione collettiva e del suo funzionamento pratico (nel caso il sistema olandese dei fondi previdenziali)¹⁶², era tenuto immune dalle regole della concorrenza semplicemente in virtù di un fondamento normativo di politica europea cristallizzato in un obiettivo normativamente sancito nei trattati (art. 136 ora 151 TFUE: il miglioramento delle condizioni di vita di lavoro); ciò, per altro, in dissenso esplicito con l'uso del metodo comparato in tema di rapporto tra disciplina della concorrenza e disciplina della negoziazione collettiva, esplicitata nella monumentale opinione dell'avvocato Jacobs¹⁶³, che aveva, invece, come obiettivo la costrizione del diritto sociale di negoziare collettivamente entro i confini di compatibilità con il diritto alla concorrenza (considerato fondamentale).

In *Laval e Viking*, al contrario, il riconoscimento esplicito dei diritti sociali come diritti fondamentali, in ragione del richiamo all'art. 28 della Carta di Nizza (sebbene non ancora integrata nei trattati), non diventa motivo di loro affermazione bensì, al contrario di *Albany*, di un bilanciamento in perdita.

E tutto questo a fronte di un ben diverso e corretto bilanciamento, a favore dei diritti fondamentali, che la Corte di giustizia ha fatto quando si è trattato di giustapporre i tradizionali diritti civili e le libertà economiche fondamentali¹⁶⁴. Con un'operazione opposta a quella

¹⁶¹ Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, C- 67/96, *Albany v. Stichting*, Riv. it. dir. lav., 2000, II, p. 209, con nota di M. Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*; Lav giur., 2000, n. 1, p. 22, con commento di A. Allamprese; Foro it., 1999, IV, c. 489, con nota di DI VIA.

¹⁶² La tutela del diritto delle parti a negoziare collettivamente, la legittimità del riconoscimento statutale della efficacia *erga omnes* degli accordi raggiunti, e la tollerabilità di tali effetti ancorché arrecanti effetti distorsivi sul mercato. In argomento, *ex aliis*, cfr. F. Ravelli, *Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, p. 303; G. Ricci, L. Di Via, *Monopoli previdenziali e diritto comune antitrust*, in S. Sciarra (a cura di) *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, il Mulino, 2007, p. 52.

¹⁶³ Cfr. le Conclusioni dell'Avv. Gen. Jacobs del 28 gennaio 1999 sul caso *Albany* e, in particolare, i punti 80-111 dedicati all'esame comparato delle questioni trattate.

¹⁶⁴ Cfr. Corte di Giustizia, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*; Corte di giustizia, 12 giugno 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger* e i suoi precedenti: Corte di Giustizia, 26 giugno 1997, C-368/95, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH C. Heinrich Bauer Verlag*; Corte di Giustizia, 9 dicembre 1997, C-265/95, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*; Corte di Giustizia, 9 febbraio 1995, C-412/93, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec C. TFI Publicité SA e M6 Publicité SA*. Ma pure Corte di Giustizia, 25 marzo 2004, C-71/02, *Herbert Karner*; Corte di Giustizia, 14 dicembre 2004, C- 210/03, *Swedish Match*.

operata dalla Corte Edu con la tendenziale assimilazione e riconduzione dei diritti sociali alla struttura dei diritti fondamentali di libertà¹⁶⁵, e con una palese discrasia rispetto alla esplicita dichiarazione del legislatore di Nizza di equiordinare le diverse categorie di diritti.

E' avvenuto quindi che, nella concreta operazione di bilanciamento, alcune tradizioni costituzionali nazionali sui diritti sociali di azione collettiva (in particolare quelli degli stati oggetto di controversia) hanno finito per recedere di fronte alla costruzione delle libertà economiche fondamentali intese quali strumenti funzionali alla realizzazione del valore superiore della integrazione economica, di cui la Corte stessa si ritiene ad un tempo attore e custode.

La CGUE, nel filone aperto da Laval e Viking, ha in tal modo riletto la struttura e la funzione dei diritti sociali fondamentali di azione collettiva; li ha trasposti dalla dimensione nazionale alla dimensione costituzionale sovranazionale. In tale diversa dimensione giuridico-ordinamentale, la Corte ha ritenuto di negarne la tendenziale assolutezza (con il corollario, per esempio, dell'insindacabilità del fine dell'azione conflittuale o negoziale) e, di conseguenza, la sicura primazia che essi mantengono sulle libertà economiche in alcune tradizioni costituzionali nazionali (la maggior parte, considerando l'analisi di Jacobs), ove essi recedono soltanto di fronte ai diritti supremi (la vita, la salute).

In ciò, da un lato, scostandosi dalla dottrina Albany; dall'altro non considerando l'art. 53 (livello di protezione) della Carta Nizza che avrebbe dovuto suggerire un'interpretazione dell'art. 28 (nell'operazione di bilanciamento) non come limitativa o lesiva dei diritti sociali collettivi riconosciuti dalle costituzioni degli stati membri (il riferimento alle quali, andrebbe inteso in senso materiale o di diritto vivente, e non solo formale, comprensivo cioè delle interpretazioni delle rispettive Corti costituzionali).

La Corte ha, invece, letto l'art. 28 della Carta di Nizza come mero limite esterno (soggetto al principio di proporzionalità e di ragionevolezza) alle libertà economiche fondamentali, nucleo duro della politica di integrazione.

Per una analisi di Schmidberger T. TRIDIMAS, *The ECJ and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?*, Federal Trust Constitutional Online Paper 05/04, www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/05_04.pdf, p. 10 ss.; E. REID, *Squaring the Circle for Tomorrow's World: A Comparative Analysis of the Approaches of the EC and WTO to balancing Economic and Non-Economic Interests in International Trade*, in T. TRIDIMAS, NEBBIA (edited by), *European Union Law for the twenty-first Century: Rethinking the New Legal Order*, External Relations Hart, 2004, p. 303; A. Alemanno, *A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne* 4/2004, p. 709 ss.

¹⁶⁵ Vd. supra nt. 153.

Nel far ciò ha considerato decisiva la diversa dimensione giuridica territoriale: quella sovranazionale e non meramente nazionale; in tale diversa dimensione spaziale i medesimi diritti acquisiscono una diversa (e meno assoluta e più relativa) identità e minore tutela. Si è trattato di una comparazione che ha prodotto come effetto indiretto una sorta di normalizzazione e relativizzazione dei diritti sociali di azione collettiva, per come, invece, vissuti nell'esperienza e nella cultura nazionale.

La dimensione multilivello dell'ordinamento europeo (ispirato al metodo funzionalistico, con il credo integrazionista come valore supremo); lo stesso operare *random* e casistico della CGUE; l'intenso dialogo (con sfumature più emulative che competitive) sul ruolo di custode dei diritti apertosi con la CEDU; la potenzialità del dialogo esplicito, oltre il dialogo nascosto, con le Corti costituzionali nazionali e l'uso, non auspicabile ma sempre possibile, da parte di queste della teorica dei controlimiti¹⁶⁶ nel caso di dialogo "impossibile"¹⁶⁷; la stessa funzione di apripista e di avanzamento della frontiera delle tutele sociali in settori di cruciale importanza (per esempio, in materia antidiscriminatoria¹⁶⁸, la valorizzazione del principio di parità come

¹⁶⁶ Oltre il già citato art. 53 della Carta in tale prospettiva occorre considerare pure l'art. 4 comma 2 del TUE "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale (...)". A. Ruggeri, *Tradizioni costituzionali comuni, e 'controlimiti', tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 102 ss., ha fatto giustamente rilevare "la vicinanza fra controlimiti e tradizioni costituzionali comuni, secondo cui le tradizioni costituzionali comuni altro non sono se non la sintesi delle tradizioni costituzionali nazionali come metabolizzate dalla Corte di Giustizia e poi re-immesse negli ordinamenti nazionali sotto forma di fonti europee, secondo i ritmi scanditi da un virtuoso circolo ermeneutico" e, aggiungiamo, secondo i canoni della *cross fertilization* creativa.

¹⁶⁷ Come, condivisibilmente, fanno rilevare F. Fontanelli e G. Martinico, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello*, cit. p. 367-368, «il rischio di un uso della teoria dei controlimiti, in chiave di custodia dei principi valori della tradizionale costituzionale nazionale da parte delle Corti costituzionali in opposizione all'imperialismo comunitario, è nella realtà basso in considerazione del fatto che deve «riconoscersi alla CGUE il merito di avere incrementato la propria sensibilità alle istanze 'costituzionali' provenienti dagli stati membri e di avere progressivamente 'mitigato' il principio del primato comunitario». Del resto proprio il processo di progressiva costituzionalizzazione del diritto dei mercati, con la trasformazione dell'ordinamento europeo in un ordinamento di diritti (la progressiva umanizzazione del diritto del mercato unico), costituiscono garanzia che la comparazione creativa sui diritti produrrà nel corso del processo (considerato dinamicamente e nell'insieme, a prescindere, dunque, da singoli episodi) un bilanciamento più adeguato e rispettoso delle tradizioni nazionali.

¹⁶⁸ F. Fontanelli, *I principi generali dell'ordinamento UE dopo Küçükdeveci. Riflessioni sull'efficacia diretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 1145 ss.; M. Barbera, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. XIX ss.; M. Militello, *Il principio di*

principio fondamentale trasversale, ma anche di tutela dei diritti dei lavoratori nelle operazioni di circolazione aziendale¹⁶⁹) tutte operazioni ermeneutiche messe in campo dalla stessa Corte, sono, tuttavia, fattori che inducono a considerare le sentenze del filone di Laval, né come un incidente di percorso in un cammino luminoso, ma neppure come il crollo del mito della integrazione sociale europea attraverso le corti.

Tali pronunce vanno, invece, registrate con realismo e disincanto scientifico; sul piano del metodo vanno considerate asetticamente, come un utilizzo euristicamente proficuo e creativo del metodo comparato a scopi d'integrazione ordinamentale.

Se considerate in questa prospettiva dinamica, pluralista, ermeneuticamente aperta, le pronunce della Corte del filone Laval non vanno, neppure, considerate come una sequenza di *snapshot*, da valutare soltanto nel merito e fuori contesto. Esse vanno più correttamente lette, dal giurista ispirato a una visione progettuale e identitaria dell'Europa di lungo respiro, come un progetto aperto e dinamico in cui il metodo della comparazione giuridica – di cui deve attrezzarsi – consente di andare oltre il singolo caso per comprendere e intuire il processo complessivo e la sua direzione di marcia in una rinnovata e più adeguata visione di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche fondamentali¹⁷⁰.

Non è, infatti, lontano dal vero – e vale anche per il giurista – chi sostiene che il metodo comparato, nelle scienze sociali, ha tanto della dimensione della scienza quanto dell'arte¹⁷¹.

Dal punto di vista della comparazione tra sistemi nell'ordinamento multilivello e del reciproco condizionamento (*cross fertilization*) che ne deriva, la relativizzazione dell'assolutezza dei diritti sociali nazionali di natura collettiva, si spiega con la contaminazione che essi contingentemente subiscono di fronte a esigenze considerate superiori dalla CGUE, i cui dettami possono certamente sembrare, ai custodi degli imperituri e statici valori della propria tradizione nazionale, recessivi.

E non pare dubbio che la diffusa lettura ortodossa della tradizione costituzionale nazionale rende alla Corte UE, di Laval, Viking e forse pure

discriminazione per età come principio generale di diritto dell'Unione europea: cosa insegna la sentenza "Kücükdeveci", in Foro italiano, 2011, 3, p. 161 ss.; Id., Principio di eguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in Rassegna di diritto pubblico europeo, 2010, 1, p. 85 ss.

¹⁶⁹ A. Lo Faro, *Le direttive in materie di crisi e ristrutturazioni di impresa*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, vol. V del Trattato di diritto privato dell'Unione Europea diretto da G.M. Ajani e G. A. Benacchio, Giappichelli, Torino, p. 392 ss.

¹⁷⁰ Si rinvia alle condivisibili considerazioni di Alemanno sui casi Schmidberger e Omega, a maggior ragione valedoli per i casi Laval e Viking; cfr. A. Alemanno, *A' la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux*, cit., p. 709 ss.

¹⁷¹ R. Hyman, *How Can We Study Industrial Relations Comparatively?*, cit., qui p. 23.

Rüffert, quello che probabilmente merita: una inadeguatezza culturale rispetto ad un più ambizioso progetto sociale europeo.

Se Laval e Viking vanno criticate è, non per il merito delle decisioni, ma per il substrato culturale delle motivazioni che ne sorreggono i disposti; riferimenti culturali sin troppo meccanicamente e stucchevolmente ispirati al credo del funzionalismo economico integrazionista, che viene recuperato come un *de ja vu* fuori tempo massimo.

Questo non legittima la posizione di chi, nel criticato filone, legge una sorta di eccesso, di preponderanza del diritto sovranazionale e dei suoi principi.

Come ha scritto G. Zagrebelsky in pagine luminose «La circolazione delle giurisprudenze non compromette (...) l'identità della propria. La comunicazione di esperienze è sempre filtrata perché presuppone standard minimi di omogeneità e giudizi di congruità su testi e contesti giurisprudenziali. Questi giudizi sono delle Corti nazionali. Non si determina alcuna diminuzione della loro funzione sovrana»; e aggiunge poco oltre: «L'incomunicabilità, al contrario, equivale alla rottura della cerchia ideale di interpreti costituzionali (...). Le Corti di giustizia costituzionale hanno, per così dire, radici che affondano in condizioni politico-costituzionali nazionali ma hanno la testa rivolta a principi di portata universale. Chiudersi in se stessi significa una cosa soltanto: predisporre a politiche costituzionali e dei diritti umani funzionali ai soli esclusivi interessi nazionali»¹⁷².

È, dunque, legittimo porsi la seguente domanda: chi crede ancora, nel pieno della crisi dell'euro, che una maggiore integrazione politica – e anche sociale – dell'Europa avverrà soltanto se l'integrazione tra le istituzioni economiche (in primo luogo i mercati) sarà portata avanti ad ogni costo, come nel caso del filone Laval, anche a costo di un ridimensionamento (non certo una negazione) degli standard delle tradizioni nazionali sui diritti sociali collettivi?

Con gli occhi del comparatista ispirato dall'Europa, quella della Corte finisce per apparire una recita a soggetto di una commedia in un teatrino di provincia, se confrontata al grande dramma e all'inadeguata recitazione (che ricorda a volte il teatro dell'assurdo) che ci propinano gli stati e le relative classi dirigenti, le altre istituzioni europee, ma perché no, anche i popoli europei, nei giorni della crisi delle istituzioni e del

¹⁷² G. Zagrebelsky, *Corti costituzionali e diritti universali*, cit., p. 302.

progetto europeo; come se soltanto un maggiore rigore finanziario e una cessione di sovranità economica degli stati – e non un vero processo costituente europeo, anche solo con chi ci sta – possa fungere da rimedio (un pannicello caldo?) per risolvere la crisi costituzionale in atto.