

**Il diritto del lavoro tra *hard law* e *soft law*:
nuove funzioni e nuove tecniche normative***

Bruno Caruso

1. La contestualizzazione del problema	177
2. Mutamenti della governance. Metodo aperto di Coordinamento e ricadute sul diritto del lavoro. Alcuni quesiti per il futuro prossimo venturo	177
3. I riflessi sul dibattito tra i giuslavoristi: l'approccio ideologico al diritto sociale europeo	180
4. I concetti di soft law e hard law riferiti al diritto del lavoro. Alcuni preliminari metodologici: Il soft law comunitario di prima generazione	182
5. Crisi della legittimazione e soft law di seconda generazione. La SEO.	184
6. Soft law e diritto del lavoro nazionale	186

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 39/2005

1. La contestualizzazione del problema

C'è un margine di ambiguità nel titolo della relazione che presuppone un profilo teorico di primaria importanza su cui si è incominciato a riflettere da qualche anno. Il tema cui il titolo rinvia lascia intravedere in controluce questioni di teoria generale del diritto del lavoro, vale a dire le tecniche vecchie e nuove di regolazione connesse alle funzioni, anch'esse vecchie e nuove, della disciplina.

Si tratta di un tema che, solo qualche anno fa, avrebbe potuto essere oggetto di un molto tradizionale convegno dell'associazione nazionale dei giuslavoristi italiani o spagnoli, o francesi, alle prese con l'evoluzione dell'ordinamento statale: cioè il sistema delle fonti e le diverse tecniche di regolazione del diritto del lavoro nei loro reciproci rapporti.

Esso è, invece, posto in questo seminario al traino di quella che si presenta come l'arena del dibattito interdisciplinare più intellettualmente e cognitivamente stimolante di questa fase: l'integrazione europea e la costruzione di un ordinamento sovranazionale lungo tracciati teorici e politici mai prima sperimentati, se non con vaghe rimembranze che gli storici del diritto, ma anche alcuni filosofi della globalizzazione, ci richiamano: quello dello *ius commune* e della nozione medievale di *imperium*⁵⁷².

Quale è l'arcano teorico che questa connessione - tra un tema di teoria generale, tradizionalmente ancorato al DNA statale-nazionale della disciplina e il riferimento ad un modello di nuova governance istituzionale - sembra rivelare?

L'aggancerei ad una serie di asseverazioni molto semplificate e non supportate da adeguata base analitica.

Mi limito soltanto a ricordare a me stesso ciò che, solo con una consapevolezza teorica ancora abbastanza circoscritta, una parte almeno dei giuslavoristi pratica quotidianamente. Il mio, se volete, è un mero esercizio di astrazione analitica dal quotidiano, uno esercizio della psiche a fini di una sua maggiore trasparenza in funzione dell'autoconsapevolezza.

2. Mutamenti della governance. Metodo aperto di Coordinamento e ricadute sul diritto del lavoro. Alcuni quesiti per il futuro prossimo venturo

Il diritto del lavoro possiede un alto tasso di dipendenza dai, e una ipersensibile interattività con, i mutamenti politici ed istituzionali. Ciò è noto. È una sorta di sismografo che registra in modo particolarmente efficace i mutamenti istituzionali e politici che lo trascendono e lo contengono.

Ce lo dice la scansione storica dei suoi diversi passaggi.

La fase di grande trasformazione istituzionale cui stiamo assistendo con il passaggio, almeno nel continente europeo, dalla centralità dello stato nazione ad una dimensione sovrastatale e multivello della governance, segna una profonda turbativa del sistema classico di diritto del lavoro che è, ad un tempo, disciplina giuridica ma anche, almeno in molte nazioni europee, un patrimonio dell'immaginario sociale e collettivo; ciò sia con riguardo ai suoi contenuti di tutela e protezione, sia alle sue specifiche tecniche, mai astratte e separate dai primi.

⁵⁷² P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, 1995, Bari, Laterza. M. Hardt – A. Negri, *Impero*, 2002, Rizzoli, Milano. G. Bronzini, H. Friese, A. Negri, P. Wagner (a cura di), *Europa, Costituzione e movimenti sociali*, 2003, Il manifesto libri, Roma.

Il modello di governance c.d. multilivello, come ci viene descritto da una nuova branca del sapere specialistico in mezzo tra diritto pubblico comunitario, politologia e sociologia, coglie più l'incendere di un processo in costruzione che la statica di un edificio compiuto.

La descrizione di questo modello ci aiuta a mettere a fuoco la complessità sistemica del quadro istituzionale emergente costituito di incastri e variazioni delle competenze giuridiche tra il livello istituzionale sovranazionale e quello statale ma ormai pure substatale; di incroci tra relativa autonomia e mutua interdipendenza nelle relazioni tra istituzioni; di uso di differenti funzioni comunicative sia a livello nazionale che sovranazionale; di molteplicità di traiettorie nel processo di decisione politica dei diversi attori pubblici e privati che partecipano al gioco regolativo.

Si tratta di una vera e propria alchimia istituzionale che genera ed induce un profondo processo di trasformazione dell'oggetto privilegiato della nostra osservazione: il lavoro e le sue diverse tecniche di regolazione.

Il modello sociale europeo in costruzione impone, dunque, di prendere atto che il destino del diritto del lavoro appartiene sempre meno ai ben noti attori domestici (policy makers, istituzioni politiche e giudiziarie, parti sociali, accademici) e sempre più ad una miriade di attori posti fuori dai confini nazionali e che interagiscono reciprocamente in una dimensione teoricamente nuova ed arricchita del pluralismo⁵⁷³.

Non è, dunque, soltanto il fatto che molti dei fattori e degli attori che generano i processi regolativi del lavoro sociale si collocano al di fuori dei confini dello stato nazione (lo aveva già messo a punto M. D'Antona alla fine degli anni '90)⁵⁷⁴.

È che i diversi *topoi* dove agiscono politicamente attori e istituzioni che producono regolazione, sono interconnessi e si condizionano reciprocamente, prescindono dalla regolazione degli Stati nazione e producono una regolazione transnazionale⁵⁷⁵.

L'esito di questa interconnessione non è più un prodotto lineare bensì spezzato e segmentato, comunque considerabile unitariamente se visto come il risultato di un unico processo: i sistemi giuridici nazionali di regolazione del lavoro e di welfare subiscono, attraverso il medium, l'alchimia comunitaria, quel processo osmotico e ciò sancisce una novità senza precedenti, che ha importanti ricadute oltre che sulle modalità dell'azione governativa e sulla sua lettura in chiave realista, anche sul metodo comparato, sul modo e sulle tecniche attraverso cui si comparano i sistemi normativi e le prassi "paragiuridiche" nei sistemi sociali⁵⁷⁶.

Ciò costituisce una preliminare presa d'atto sul piano del metodo per ogni approccio che voglia seriamente confrontarsi, oggi, con la teoria della regolazione nel diritto del lavoro.

⁵⁷³ W. Twining, *Mapping Law*, The Northern Ireland L. Q. 1999, 12.

⁵⁷⁴ M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità*, in *Opere*, v. I, B. Caruso e S. Sciarra, (a cura di), Milano, Giuffrè, 221.

⁵⁷⁵ G. Teubner (a cura di), *Global Law Without a State*, 1997, Dartmouth, Aldershot. M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000.

⁵⁷⁶ La questione non può essere approfondita come meriterebbe in questa sede: sulla tendenziale trasformazione del metodo comparato in una sorta di "teoria generale dei metodi di studio del diritto" e sulle connessioni tra diritto comparato e nuova scienza giuridica europea, L. Moccia, *Comparazione e studio del diritto*, RTDPC, 2003, specie p. 982 ss. Cfr. pure F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, 2000, Milano, Giuffrè; con riferimento al diritto internazionale ma con riflessioni generalizzabili, G. Ajani, *Diritto comparato e diritto internazionale*, DPCE, 2001, IV, p. 1589 ss.

Le fonti, anche quelle domestiche, portano sempre più impressi i tratti della loro genesi costituita da una comunicazione osmotica, generante meccanismi coevolutivi tra i processi politici e istituzionali sovranazionali e specifici interventi di regolazione, nel segno di un nuovo ed accentuato pluralismo giuridico, regolativo ed istituzionale, che genera un modello di diritto sociale anch'esso plurimo e diversificato, policentrico e interrelato.

Si potrebbero portare degli esempi concreti di questa nuova dimensione comunicativa ed interrelata del processo di regolazione lavorista del sistema sociale; è sufficiente fare un mero riferimento all'evoluzione della disciplina sul trasferimento d'azienda e più ancora sull'orario di lavoro tradizionalmente connesse al metodo comunitario classico dove i segni dell'ibridazione tra vecchi e nuovi metodi e strumenti di regolazione, connessi alla genesi comunitaria, sono quanto mai evidenti; ma si potrebbero pure richiamare le nuove normative sui rapporti flessibili, frutto del dialogo sociale, in cui simili segni sono tanto evidenti da far dubitare della loro annoverabilità tra quelle frutto del metodo comunitario classico, portando invece impresse le stigmate del nuovo modello di governance ove alla regolazione tramite norma standard e relativa sanzione si tende a sostituire la regolazione per obiettivo, con una evidente connessione con l'arsenale di strumenti soft della strategia europea dell'occupazione⁵⁷⁷. Non a caso sono pezzi di legislazione osservati da vicino da chi teorizza le virtù della "regolazione riflessiva"⁵⁷⁸. Tutto ciò conduce ad una serie di dilemmi ben evidenziati nella letteratura che si è occupata di Metodo Aperto di Coordinamento⁵⁷⁹. Si è, infatti, di fronte ad una vera e propria quadratura del cerchio che dalla sua genesi politica tracima sulle tecniche di regolazione; quadratura che il metodo aperto di coordinamento sussume e sintetizza, poiché esso si presenta soprattutto come una sorta di canale di gronda di politiche pubbliche, che si avvalgono di tecniche regolative leggere, generate per induzione o mesi.

Si tratta di dilemmi generali del Metodo Aperto ma riferibili anche alla Strategia Europea per l'Occupazione che pure, per opinione diffusa, costituisce una variante per così dire hard del primo o, se si preferisce, l'estremo hard del continuum di strumenti soft riconducibili al MAC⁵⁸⁰. Ciò sia per il rilievo costituzionale che la SEO riceve dalla sua cristallizzazione regolativa nel trattato, sia per i concreti risultati registrati dopo la fase di avvio e assestamento⁵⁸¹.

Così sono sintetizzabili i dilemmi delle nuove regole e della nuova governance nel rapporto di Radaelli prima citato:

⁵⁷⁷ Si rinvia a L. Zappalà, *La «flessibilità nella sicurezza» alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft e hard law*, DLRI, 97, p. 69 s.; G Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione nel diritto interno e dell'UE*, cap. II, di prossima pubblicazione, Milano, Giuffrè.

⁵⁷⁸ C. Barnard, *Flexibility and social policy*, in G De Burca, J. Scott (edited by), *Constitutional Change in the EU*, 2000, Hart Publ., Oxford Portland, p. 204 ss.; C. Barnard, S. Deakin, R. Hobbes, *Opting out of the 48. Hour Week: Employer Necessity or Individual Choice? An Empirical Study of the Operation of Article 18(1)(b) of the Working Time Directive in the UK*, *ILJ*, 4, 2003, p. 223 ss.

⁵⁷⁹ Si rinvia al rapporto di C. M. Radaelli, *The Open Method of Coordination: A new governance architecture for the European Union?*, 2003, Sieps Report, Stockholm.

⁵⁸⁰ J. Goetschy, *The European Employment Strategy, Multi-level Governance, and Policy Coordination: Past, Present and Future*, in J. Zeitlin, D. Trubek (a cura di), *Governing Work and Welfare in a New Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 59. ss. C. De La Porte & P. Pochet (eds), *Building Social Europe through the Open Method of Co-ordination*, PIE, Peter Lang, 2002.

⁵⁸¹ Comunicazione della Commissione, *Il futuro della strategia europea per l'occupazione (SEO) "Una strategia per il pieno impiego e posti di lavoro migliori per tutti"*, Com (2003) 6 def.

- Verso quale punto mediano far convergere le diversità presupposte come ineliminabili e resistenti ad ogni strategia di armonizzazione regolativa attuata attraverso gli strumenti hard del metodo comunitario classico? Negli obiettivi, nei discorsi, nelle politiche, nelle regole?
- Come risolvere la tensione tra razionalità materiale e razionalità formale che è di ogni strumento di regolazione non solo di quelli hard? E, con specifico riguardo al MAC, tra la sua funzione ricognitiva e normativa, posto che si dichiara che tramite questo metodo si vuole preservare un supposto modello sociale europeo perseguendo contemporaneamente la competitività senza abdicare al primo?
- Come conciliare, in sintesi - con queste nuove tecniche leggere di induzione di politiche - modelli diversi di capitalismo? Per cui il rischio che il MAC alla fine attenga più ai discorsi che ai fatti, che il momento cognitivo sovrasti quello normativo, al di là di ogni buona intenzione.

Sono dilemmi che conducono direttamente a questioni teoriche generali che molto hanno a che vedere con il paradigma del diritto del lavoro e con le sue funzioni nell'ordinamento *in fieri* che possono essere sintetizzati in queste più generali quesiti:

- può risultare plausibile che il nuovo sistema di regole sul lavoro (il modello sociale europeo), alla fine posseda i tratti ibridi e originali dell'interconnessione comunicativa di diversi sistemi di regolazione nazionali, senza per questo abdicare ad alcuni valori tradizionali delle costituzioni sociali nazionali e dunque a principi identitari forti?
- A chi è affidato il compito di ridefinire tali valori e principi nella fase costituente? A chi il compito di custodirli nella fase a regime?
- Con quale mix di tecniche giuridiche e strumenti politici?
- È possibile pensare questo sistema di differenze integrate, in termini unitari e coesi, in termini cioè di ordinamento monistico?
- È sufficiente pensare la Costituzione europea, già con un incedere asmatico nella fase genetica, quale collante delle diversità?
- È possibile pensare alla Carta dei diritti fondamentali e alle sue dichiarazioni di principio incorporate nella II parte del trattato costituzionale come "troiano" per scardinare l'asfitticità delle politiche sociali riprodotte quasi immutate nella parte III?

Sono tutte domande con le quali ci si troverà a fare i conti per anni prevedibilmente lunghi.

3. I riflessi sul dibattito tra i giuslavoristi: l'approccio ideologico al diritto sociale europeo

Prima di affrontare il merito della regolazione leggera è opportuno accennare ad una altra questione che funge da premessa fondativa del discorso sulle tecniche; vale a dire le interazioni di questi cambiamenti con la teoria e l'ideologia delle diverse famiglie dei giuslavoristi.

Silvana Sciarra, in un saggio di qualche anno fa, ha ripercorso il dialogo tra la comunità scientifica nazionale e sovranazionale/europea dei giuslavoristi alla ricerca di un comune linguaggio che fosse propedeutico ad una piattaforma di ricerca avente come obiettivo una proposta di un nuovo

modello sociale e di una nuova identità culturale della disciplina⁵⁸².

Ritengo oggi venuta pienamente a maturazione quella intuizione. Sempre più frequentemente, a dimostrazione del ritmo assunto dall'integrazione europea anche sul piano culturale, i discorsi sulle prospettive del sistema di welfare e diritto del lavoro nazionale si confrontano, direttamente o indirettamente, con le nuove dinamiche della regolazione transnazionale, secondo articolate varianti interne a posizioni comuni che oggi necessitano di essere accorpate e concettualizzate.

Sembra cioè giunto il momento di prendere di petto la questione del cambiamento del paradigma della disciplina, indotto dai mutamenti in atto con tutte le incertezze, non solo di percorso ma anche di destinazione finale, che la complessità del puzzle presenta.

È un percorso ineludibile per chi vuole confrontarsi con le nuove tecniche e le nuove funzioni che contribuiscono a forgiare un'identità sempre più plurale e sovranazionale della disciplina.

Questo percorso, complesso e accidentato, è tale anche perché nasconde pericolose trappole, tutte riconducibili ad un uso ideologico (in senso tarelliano cioè funzionale ad una prassi politica) del discorso giuridico. Occorre grande impegno e grande perizia per non incorrervi.

Esse costituiscono veli, più o meno spessi, che ostacolano la corretta messa a fuoco degli elementi di novità che si intravedono e possono essere riconducibili ad atteggiamenti diffusi nella letteratura giuslavorista che affronta il tema dell'integrazione sovranazionale, così schematicamente sintetizzabili:

a) Un primo approccio, per così dire, "militante" al diritto sociale europeo, in cui viene teorizzato e praticato un uso, come si diceva negli anni '70 in Italia, «alternativo» di tale diritto, per proiettare in ambito sovrastatale le conosciute dinamiche di tutela tipiche dello stato sociale di diritto (in questa visione si intravede l'Europa come superstato federale sociale di diritto e una visione del welfare ancorata alle vecchie logiche di protezione passiva e di tutela distributiva trasferita dallo stato nazionale all'Europa).

b) Un secondo atteggiamento definibile del "disincanto" appartiene a chi crede che la via dell'integrazione dei sistemi sociali europei dovrebbe essere normativamente perseguita ma che i rapporti di forza attuali, la costituzione materiale basata sul primato del principio di libera concorrenza e la debolezza dell'attuale stadio di costituzionalizzazione formale dei diritti sociali, non lo consentirebbero e quindi meglio giocare al ribasso distribuendo calibrate dosi di euroscetticismo.

c) L'atteggiamento logicamente, e forse coerentemente consequenziale almeno rispetto al precedente, della «chiusura nazionale» che non è mai dichiarato ma praticamente teorizzato, per cui la Costituzione nazionale costituisce il primo materiale da utilizzare per la costruzione di barricate contro ogni tentativo di infiltrazione delle ineludibili dinamiche deregolative che provengono dall'Europa.

d) A questo atteggiamento se ne contrappone un altro radicalmente alternativo ma altrettanto ideologico: quello di giustificare ogni politica di deregolazione e riduzione delle tutele nel rapporto e nel mercato del lavoro praticata in ambito nazionale in nome di presunti diktat o indirizzi che provengono dall'Europa.

⁵⁸² S. Sciarra, *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, *Quad. Fior.*, 2002, 31, p. 427 ss.

Sono atteggiamenti culturali che costituiscono, come si diceva, vere e proprie trappole ideologiche che non consentono di misurarsi con la reale e complessa dinamica della costruzione di un ordinamento assolutamente nuovo negli assetti istituzionali e nelle strategie di regolazione e che pertanto rimuovono il problema, particolarmente complesso, dell'adeguamento teorico del paradigma della disciplina alla nuova realtà istituzionale.

4. I concetti di soft law e hard law riferiti al diritto del lavoro. Alcuni preliminari metodologici: Il soft law comunitario di prima generazione.

Nell'uso di concetti che intendono dar conto di reali processi di innovazione nelle tecniche di regolazione della disciplina, è segno di accortezza procedere con cautela e prudenza. Preliminarmente occorre contestualizzare e separare analiticamente alcuni piani del discorso che riguardano le tecniche di regolazione hard e soft. Questa mancanza di contestualizzazione e di relativo sforzo analitico, è alla base di un uso disinvolto, ai limiti della mimesi caricaturale, del linguaggio riferito a tale tecniche, utilizzato dal legislatore italiano nel suo recente intervento di riforma del mercato e del sistema di diritto del lavoro.

Sembra, pertanto, opportuno, ancorché nella forma semplificata che la sede di questo intervento consente, fare alcuni riferimenti alla genesi e al contesto in cui le tecniche di regolazione soft hanno trovato campo di applicazione elettivo.

Se si tralascia l'ampia letteratura internazionalista in cui il riferimento al concetto e alle prassi di soft law è da tempo presente⁵⁸³, il medium teorico più rilevante utilizzato dai giuslavoristi per essere introdotti a dibattito sull'alternativa soft/hard law è stato sicuramente il diritto comunitario e i suoi svolgimenti⁵⁸⁴. Nel dibattito teorico generale una possibile eco dell'alternativa soft hard law e relative funzioni della legge è costituito dalle riflessioni indotte dal magistrale saggio di N. Bobbio degli '60 sul diritto promozionale e le sanzioni positive⁵⁸⁵, ma le connessioni non sono proprio dirette.

Quando si parla di hard e soft law occorre dunque sempre aver chiaro che queste categorie sono importate dal contesto di riferimento del diritto comunitario. Esse, inserite nel contesto del diritto del lavoro - strutturato in simbiosi stretta con il diritto statale e le sue tradizionali tecniche - pur mantenendo gli originari tratti genetici, subiscono i mutamenti e gli adattamenti determinati dall'alchimia cui si è fatto prima riferimento.

Nel diritto comunitario il ricorso alla soft law ha avuto una genesi prettamente funzionale, in linea con le caratteristiche di quest'ordinamento in cui il diritto è primariamente uno strumento di veicolazione di politiche per il raggiungimento di obiettivi specifici.

Solo esemplificativamente e senza pretesa di completezza il soft law comunitario è stato di volta in volta:

⁵⁸³ M. Di Stefano, *Origini e funzione del soft law in diritto internazionale*, *Lav.Dir.*, 2003, 3, p. 17 ss.; K. W. Abbot – D. Snidal, *Hard and Soft law in International Governance*, International Organization, 2000, 54, 3, p. 421; A. Boyle, *Some reflections on the relationship of Treaties and soft law*, *Inter. Comp. Law. Quart.*, 1999, 48, p. 905 ss.

⁵⁸⁴ F. Beveridge - S. Nott, *An hard look at soft law*, in *Lawmaking in the European Union*, P. Graig C. Harlow (eds), 1998, Kluwer, Inter., London; R. Alonso Garcia, *El soft law Comunitario*, *Revista de Administracion Publica*, 2001, p. 63 ss.; F. Snyder, «Soft law» e prassi istituzionale nella Comunità Europea, *Soc. Dir.*, 1993, 1, p. 79 ss.; spunti critici in J. Klabbers, *The Undesirability of Soft law*, *Nordic Journ. of Inter. Law*, 1998, 67, p. 381 ss.; id., *The Redundancy of Soft law*, *Nordic Journ. of Intern. Law*, 65, 1996, p. 167 ss.

⁵⁸⁵ N. Bobbio, *La funzione promozionale del diritto*, in *La struttura e la funzione*, Edizione di comunità, Milano, 1977.

- un modo surrettizio per ovviare al deficit di competenze delle politiche;
- uno strumento per aggirare le inerzie delle istituzioni soprattutto quando queste vischiosità erano l'effetto di mancati accordi politici;
- uno strumento di regolazione dei rapporti tra istituzioni in carenza di precise definizioni costituzionali dei confini e degli ambiti di competenza.

In tal caso, per esempio, il soft law di prima generazione, sotto forma di comunicazioni, linee guida, codici di condotta, raccomandazioni è stato utilizzato dalla Commissione per generalizzare regole di comportamento su cui era istituzionalmente impossibile intervenire con il comando legislativo. Lo ha fatto spesso appropriandosi del linguaggio della Corte di giustizia (per es. in materia di aiuti di stato), in ciò operando, com'è stato detto, un compromesso tra sovranità e comando secondo uno schema tipico delle relazioni internazionali⁵⁸⁶.

Sono stati poi evidenziati i tratti tipici del soft law.

Molto in sintesi:

- la sua tendenza a regolare per principi, in luogo della formulazione di puntuali diritti e obblighi;
- la creazione di procedure stabili e reiterate nel tempo, allo scopo di monitorare i fenomeni che intendono regolare;
- il coinvolgimento di molteplici attori operanti in ambiti e livelli diversi;
- il fatto che l'effettività dipende da meccanismi più complessi di quelli prettamente sanzionatori, a cui ordinariamente si accompagnano le norme vincolanti;
- una formulazione del precetto in termini persuasivi anziché coercitivi.

Quel che dà un connotato di specificità al soft law comunitario è che esso, al contrario del soft law internazionale, è sottoposto in qualche misura ad un controllo di legalità esercitato dalla Corte di Giustizia

Non è questa la sede ove indulgere nello spiegare il perché ed il modo.

Ci si può limitare soltanto a ricordare che in materia di diritto della concorrenza gli esempi e i casi sono numerosi: da Cassis de Dijon⁵⁸⁷ a Deufil⁵⁸⁸ per citare alcuni casi eclatanti⁵⁸⁹. Rimane, invece, tutt'oggi discusso e rimarcato il tradizionale deficit di legittimità del soft law comunitario, vale a dire l'assenza di trasparenza e democraticità, anche con riferimento alle istituzioni che lo producono⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ M. Cini, *The soft law approach: Commission rule-making in the EU's State Aid Regime*, *Journ. Eur. Pub. Pol.*, 2001, 2, p. 2 ss

⁵⁸⁷ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza del 20 Febbraio 1979, causa 120/78, Rewe-Zentral Ag c. Bundesmonopolverwaltung Fuer Branntwein, in Racc. 1979, 649. [c.d. Cassis de Dijon]

⁵⁸⁸ Corte di giustizia, Deufil GmbH Co. KG c. Commissione (causa 310/85), in Raccolta 1987, p. 901.

⁵⁸⁹ D. P. Wood, *Soft harmonization among competition law: track record and prospect*, *the Antitrust Bulletin*, 2003, Summer, p. 305 ss.; F. Snyder op. cit., p. 87 ss.

⁵⁹⁰ Si rinvia a M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia, 2000.

5. Crisi della legittimazione e soft law di seconda generazione. La SEO.

Il deficit di legittimità che caratterizza in generale il soft law comunitario, va però considerato con qualche distinguo quando si tratta del soft law di ultima generazione, per intenderci quello più strutturato al traino del MAC e della SEO.

Questo nuovo sviluppo del soft law pretende, infatti, al contrario di quello più tradizionale, o della stessa regolazione tecnica tramite comitologia, di andare al di là di una mera prassi istituzionale, spesso invisibile. Pretende una collocazione istituzionale più legittimata di metodo regolativo ordinario.

Pretende di essere annoverato tra le tecniche di regolazione accreditate che come tecnica privilegiata di azione politica delle istituzioni in costruzione, grazie anche ad un'attitudine inclusiva di attori e soggetti più disparati.

La SEO è la principale esemplificazione di quello che vuol dirsi. In questa strategia di regolazione leggera delle politiche occupazionali si è inteso colmare il deficit di legittimità includendo sempre più significativamente, e progressivamente nei diversi cicli, le parti sociali tradizionali mentre si diffonde sempre più l'esigenza di includere altre formazioni sociali, le ONG, e di coordinare le SEO con i diversi livelli (nazionale e sovranazionale) in cui si concludono i patti sociali⁵⁹¹.

Il soft law di ultima generazione, dunque, non si accontenta di svilupparsi negli interstizi del sistema a scopo di puntellarne l'efficienza, con qualche margine di controllo di legalità ma, connettendosi strettamente al principio di sussidiarietà e alle sue implicazioni partecipative - soprattutto nella dimensione orizzontale - vuole recuperare margini ampi di legittimità anche sul piano costituzionale. Il dibattito che si è svolto nei lavori della convenzione ne è stata piena testimonianza, anche se l'obiettivo di includere formalmente il MAC nel trattato costituzionale non è stato raggiunto.

Il soft law di ultima generazione vuole, dunque, rappresentare una nuova dimensione della legittimazione nella funzione di regolazione in cui quel che si sottrae alla regolamentazione attraverso la norma e la generalizzazione rigida del precetto, si aggiunge alla condivisione dell'obiettivo, portato finale di sofisticate tecniche di mediazione sostanzialmente affidate alla politica con l'ausilio di indicatori tecnici gestiti dal mentore del sistema che rimane la Commissione e la tecnostuttura di riferimento. All'adeguamento di comportamenti per *costrizione* si sostituisce, dunque, il perseguimento dell'obiettivo per *induzione* che si vuole, ma non è detto che sia, politicamente forte e significativa. Nel delicato, e sempre compromettibile, spazio (una sorta di ecosistema normativo) tra libertà di comportamento degli Stati (affidata alla politica nazionale) e adeguamento all'obiettivo comune (concertato dalle e nelle istituzioni federate) ci sta, pertanto, la plastica proiezione del modello di unità nella diversità e della governance multilivello che contraddistingue l'ordinamento in costruzione; e pure la scommessa della sua riuscita.

Sul piano dei contenuti delle politiche sociali può dirsi che la regolamentazione tramite soft law di ultima generazione, guardandone diacronicamente la evoluzione, s'inserisce nel momento in

⁵⁹¹ B. Bercusson, *Institutional reform and social and labour policy in Manifesto for Social Europe*, edited by U. Mückenberger, ETUI, 2001. K. Barnard, *The Social Partners and the Governance Agenda*, *Eur. Law Jour.*, 1, 8, 2002, p. 80 ss.

cui l'armonizzazione dei sistemi sociali di tipo coesivo entra in crisi, mostrando i suoi limiti regolativi, sia di strumenti e di tecniche, sia di volontà politica⁵⁹².

Le politiche occupazionali, per le ragioni ampiamente analizzate, ne sono state il viatico definitivo⁵⁹³.

Qual'è la cifra teorica più significativa del soft law comunitario di ultima generazione?

È la presa d'atto che la differenza dei sistemi di tutela e protezione sociale e di relazioni industriali degli stati europei non solo costituisce una variabile indipendente che può essere condizionata solo con molti limiti dalle politiche sociali comunitarie (elemento negativo), ma che tale irriducibile differenziazione, dialetticamente, può essere addirittura lo strumento per colmare il deficit di efficacia e di legittimità di tale politica.

In altri termini, è la presa d'atto che la differenziazione dei sistemi (la retorica della "ricchezza delle differenze") possa costituire elemento fondativo della politica sociale europea, veicolata con una nuova tecnica soft: quella dell'MAC.

Più esplicitamente, attribuendo alle politiche nazionali anche una relativa discrezionalità non solo negli strumenti di perseguimento degli obiettivi ma, a volte, anche negli obiettivi stessi - nella misura in cui l'obiettivo finale e comune di carattere quantitativo è perseguibile attraverso politiche di avvicinamento autonomamente scelte - si intende esaltare lo spirito della sussidiarietà, attraverso meccanismi di mutuo apprendimento di imitazione, di trasferimento, nelle versioni più hard di questo metodo soft, fortemente indotto se non imposto, di pratiche politiche giudicate, in sede di valutazione, virtuose.

Si comprende, allora, perché quest'ultima generazione di soft law comunitario, nella visione più ottimistica, venga considerato strumento di aggiramento dei vincoli politici all'innovazione istituzionale in materia sociale, anticipando ed inducendo, come suggerisce Scharpf, l'intervento hard magari attraverso *framework directive*⁵⁹⁴.

Si accenna in tal senso - ma non sono riscontrabili dimostrazioni convincenti nella letteratura scientifica - ad un rapporto di causa effetto o, comunque, circolare tra regolazione sociale hard secondo il metodo tradizionale e SEO, per es. con riferimento alle direttive antidiscriminatorie di ultima generazione, ma pure alle direttive sulla flessibilità frutto del dialogo sociale⁵⁹⁵.

Si mette in rilievo, sempre in un approccio ottimista, come sul piano procedurale il soft law di ultima generazione sia in grado di generare processi autonomi di autoregolazione sociale, la regolazione riflessiva, soprattutto nella misura in cui sollecita l'intervento regolativo, sia centrale

⁵⁹² Sintomatico che anche le politiche di salute e sicurezza che hanno rappresentato il settore privilegiato delle tecniche regolative hard, siano state sottoposte a ripensamento in ambito comunitario in relazione alla possibilità di utilizzare strumenti soft. Per la genesi di questo processo si rinvia a B. Caruso, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, DLRI, 1997, p. 435 ss.

⁵⁹³ M. Biagi, *The Impact of European Employment Strategy on the Role of Labour Law and Industrial Relations*, *Int. Jour. Comp. Lab. Law and Ind. Rel.*, Summer, 2000, p. 155 ss.; S. Sciarra, *Parole vecchie e nuove: diritto del lavoro e occupazione* in Scritti in onore di G. Giugni (studi sul lavoro), Bari, Cacucci, 1999, Tomo II, p. 1151 ss; J. Kenner, *The EC Employment Title and the 'Third Way': Making Soft law Work?*, *Int. Jour. Comp. Lab. Law and Ind. Rel.*, 1999, spring, p. 33. ss.

⁵⁹⁴ F.W. Scharpf, *The European Social Model: coping with the Challenges of diversity*, *JCMS*, 2002, 4, p. 662 ss.

⁵⁹⁵ N. Bruun, *The European Employment Strategy and the 'Acquis Communautaire' of Labour Law*, *Int. Jour. Comp. Lab. Law and Ind. Rel.*, 2001, autumn, p. 309 ss.

sia periferico, delle parti sociali, a tutela, ad un tempo, delle esigenze di coordinamento sovranazionale e di conservazione degli standard nazionali pregressi.

Ovviamente i teorici del disincanto non stanno a guardare e hanno qualche discreta freccia al loro arco: si sostiene l'effetto di virus debilitante della soft law di ultima generazione sull'acquis sociale comunitario.

Lo scarso peso regolativo e di tutela delle direttive sul part time e sul contratto a termine sarebbe, in tal senso, il frutto non di ibridazione di tecniche, ma di una contaminazione deregolativa che mette a rischio il corpo dell'acquis sociale comunitario basato su regole hard che sebbene esile, viene considerato comunque socialmente sano.

Un ultimo rilievo: nel dibattito comunitario appare molto sfumata proprio per il funzionalismo genetico di quel sistema, la distinzione tra metodi, tecniche regolative e contenuti (i diritti, le concrete tutele); distinzione molto più marcata invece nei sistemi nazionali di diritto del lavoro, anche se pure in quei sistemi le connessioni tra tecniche e contenuti non sfuggono: i diritti individuali standard indisponibili sono connessi alle norme inderogabili. Nell'esperienza italiana, tuttavia, la riflessione su tecniche di tutela e contenuti e limiti dei diritti sono collocati su piani concettualmente diversi.

Questo lo stato del dibattito, in una sintesi che si potrebbe giudicare eccessivamente disinvolta, sul soft law comunitario come tecnica regolativa del diritto sociale.

6. Soft law e diritto del lavoro nazionale

Appare evidente come un approccio di corretta contestualizzazione impedisca di trasferire di peso e meccanicamente l'attuale *asset* di elaborazione e regolazione leggera comunitaria nel diritto interno.

Eppure per quel meccanismo di comunicazione osmotica ed ibridazione tra ordinamenti cui si accennava all'inizio e con cui sarà necessario misurarsi sempre di più nel futuro prossimo venturo, possono essere individuati alcuni ambiti nei quali la soft law comunitaria, come tecnica di regolazione, può essere opportunamente proiettata, o, al contrario, indebitamente protesa, sul diritto interno.

Possono essere richiamati due esempi a che illustrano le due possibili alternative.

a) Il primo rappresenta una positiva utilizzazione delle tecniche regolative leggere di origine comunitaria nel diritto interno e identifica quell'ambito entro cui la tecnica di regolazione della soft law comunitaria può essere opportunamente utilizzata: vale a dire la regolazione del mercato del lavoro e delle politiche attive;

b) il secondo riguarda la regolamentazione dei contratti flessibili; in tal caso il riferimento a tale tecnica di regolazione, nella dimensione interna, appare più problematico se non addirittura - per il modo in cui, è stata utilizzata nella più recente legislazione sul mercato del lavoro - indebito.

In entrambe le ipotesi si fa riferimento al soft law di ultima generazione, quello del MAC e della SEO, considerati nel loro profilo procedurale e non contenutistico, vale a dire di strategia - con relative tecniche - mirata a indurre comportamenti politici valutabili come virtuosi in una dimensione in cui la differenza è dato strutturale. Tutto questo attraverso meccanismi istituzionalizzati di apprendimento, di trasferimento di buone pratiche, di valutazione comparativa.

A) Tale patrimonio è utilizzabile proficuamente nella dimensione territoriale subnazionale, che in Italia significa competenza regionale concorrente della regolazione dei mercati del lavoro locali, sulla base della nota e problematica formula costituzionale: “tutela e sicurezza del lavoro”.

Un processo di virtuoso apprendimento, suggerisce di fare riferimento alla concezione dinamica della sussidiarietà che proviene dall’ordinamento europeo nei rapporti con gli stati, in cui il riparto di competenze è, per definizione, mobile e non rigido, e basato sul principio dell’adeguatezza.

Suggerisce, di conseguenza, di pensare a strumenti in grado di veicolare tale principio, cogliendone in pieno la valenza di coordinamento delle diversità, quali quelli utilizzati nel MAC e particolarmente per le politiche dell’occupazione nella SEO.

È plausibile sostenere che il federalismo regionale, se di esso si assuma una visione dinamica e progressiva⁵⁹⁶, consenta di sperimentare all’interno dei confini nazionali, nella materia dei servizi per l’impiego e delle politiche attive del lavoro (tipici servizi pubblici sociali), il metodo del coordinamento aperto e la strumentazione regolativa soft di origine comunitaria.

La proposta è di provare a mettere in campo innovazioni regolative originali nella materia dei servizi per l’impiego, attraverso il confronto e l’innesto, nei diversi contesti, delle migliori prassi regionali. Un simile processo dovrebbe essere istituzionalmente coordinato attraverso specifiche procedure e conseguentemente controllato e valutato. A cascata le conseguenze regolative potrebbero essere multiple anche sul piano dell’ingegneria istituzionale.

Un’ipotesi teorica di sostegno di una simile prassi è di agganciare al diritto costituzionale al lavoro, una pretesa dei cittadini a servizi pubblici all’impiego efficienti. Tale pretesa non va soddisfatta e, in caso di lesione, non comporta un diritto al risarcimento nelle forme più convenzionali di tutela individuale dei diritti, per limiti giuridici strutturali e funzionali ampiamente analizzati⁵⁹⁷; andrebbe invece canalizzata attraverso la partecipazione delle parti sociali e delle organizzazioni degli utenti alla elaborazione delle politiche dell’impiego e delle riforme delle istituzioni del mercato del lavoro.

L’efficienza di tali servizi, non astratta ma misurata su standard di garanzia del diritto al lavoro, potrebbe essere perseguita attraverso uno scambio delle migliori prassi e anche mediante l’individuazione di specifici indicatori tecnici di *performance*.

La valutazione dei diversi sistemi regionali, in conformità a standard predeterminati potrebbe, poi, essere affidata ad un’*authority* nazionale in relazione alla competenza trasversale che la Costituzione attribuisce esclusivamente allo Stato di determinare «i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti ... sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

Pare questa una soluzione regolativa di tipo leggero, rispetto a quella più pesante ma di difficile praticabilità, di affidare al giudice dello stato la potestà di aggiudicare pretese risarcitorie per violazione in concreto del diritto al lavoro, sub specie di servizi pubblici all’impiego non all’altezza delle performance richieste e di mancato raggiungimento di obiettivi.

⁵⁹⁶ Si rinvia a B. Caruso, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, di prossima pubblicazione in Arg. Dir. Lav.

⁵⁹⁷ A. Alaimo, *I servizi all’impiego e l’art. 4 Cost. dopo le recenti riforme del mercato del lavoro*, DLRI, 2, 2004, p. 249 ss.

B) il secondo riferimento riguarda, invece, un limite del soft law europeo di ultima generazione nei suoi rapporti con i sistemi nazionali.

Si giustappongono il chiaro/scuro di questa nuova dinamica regolativa anche per avanzare una personale valutazione del dilemma tra regolazione hard e soft nel diritto sociale.

Entrambe le tecniche, infatti, possano essere proficuamente utilizzate, scegliendo di volta in volta i contesti più adeguati; l'ibridazione di tecniche regolative diverse rispecchia, infatti, l'originalità, la complessità e l'articolazione mai prima registrata, sotto il profilo della teoria delle fonti, dell'ordinamento integrato che con grande fatica si va a costruire.

Laddove il diritto comunitario interviene a regolare rapporti in cui entrano in gioco nuovi diritti individuali (il diritto a conciliare tempo di vita e tempo di lavoro, il diritto al sapere ed alla conoscenza, il diritto ad un adeguato riconoscimento delle proprie capacità) non si può rinunciare ad esaltare e utilizzare le parti dure, spesso non giuridicamente morbide del diritto sociale europeo e le relative strategie di tutela e garanzia.

Per fare un esempio, nella recente regolazione italiana del part time o dell'apprendistato, indotta dagli input comunitari, quel che occorre rilevare non è tanto la funzionalità delle disposizioni introdotte rispetto al raggiungimento di obiettivi quantitativi o qualitativi di performance, propri della strategia europea per l'occupazione (per es. le linee guida sull'aumento del tasso di attività femminile tramite part time).

Occorre invece valutare la legittimità di quelle riforme (così come quelle sul contratto a termine) alla luce delle indicazioni hard del diritto sociale derivato, dei principi costituzionali interni e dei principi della costituzione europea che impongono, per esempio, il principio del temperamento delle esigenze di flessibilità di entrambi i contraenti in materia di part time; ovvero, che nei contratti a finalità formativa la formazione sia davvero presa sul serio e non sia un simulacro o un belletto per coprire concessioni e regalie economiche e normative ai datori di lavoro. In tali ipotesi, la regolazione soft comunitaria non può essere il pretesto per regolamentazioni normative nazionali che finiscano per aggirare principi o ridurre tutele sancite nelle fonti hard nazionali ed europee.

Con una ulteriore precisazione: una cosa è il ricorso a tecniche regolative soft in funzione dell'affinamento delle strategie di *management by objectives*, tutt'altra non tanto la riscoperta delle virtù dell'autonomia individuale, quanto il rafforzamento legislativo (strumento hard) dell'autonomia e della discrezionalità sul versante di chi domanda lavoro, che è la cifra saliente che si intravede in molte disposizioni della riforma di recente attuata in Italia che riguardano i contratti flessibili. Non è lecito, infatti, confondere nell'età dell'incertezza, l'emancipazione dell'individuo finalmente libero dall'assicurazione di assistenza predisposta dallo Stato e dalle protezioni ravvicinate delle comunità intermedie, con la solitudine e l'angoscia del lavoratore precario⁵⁹⁸.

In tal caso la regolazione tramite soft law non c'entra proprio: non c'è alcun ritorno al futuro, bensì l'opposto, vale il ritorno alla ben nota tecnica della deregolazione a favore di un mercato senza correttivi in cui ogni individuo è lasciato solo con se stesso in compagnia soltanto della propria personale ossessione securitaria.

⁵⁹⁸ Tra la copiosa letteratura sul tema, si rinvia per tutti al bel libro di R. Castel, *L'insicurezza sociale*, Il Mulino, Bologna, 2004, specie cap. II.

Per tale ragione sarà di estremo interesse cogliere i futuri orientamenti della Corte di giustizia ma anche della Corte costituzionale nella ipotesi in cui la nuova legislazione italiana sui contratti flessibili verrà sottoposta al controllo di pregiudizialità della Corte di giustizia per violazione di principi e norme di quell'ordinamento (per es. la clausola di non regresso) ed al controllo interno di costituzionalità per violazione di principi e norme costituzionali.

Pare, infine, utile segnalare un esempio di cattivo uso della contestualizzazione; un caso in cui la trasposizione nel sistema nazionale della strumentazione regolativa soft di origine comunitaria mostra tutti i suoi limiti; si è di fronte - piuttosto che ad una trasposizione virtuosa - a una mimesi caricaturale del soft law comunitario di cui si è reso protagonista l'attuale legislatore italiano.

Il riferimento è all'ineffabile disposizione, contenuta nell'art. 84 comma 2 del dlgs 276/03, in cui si affida al Ministro del lavoro l'adozione con decreto di un codice di buone pratiche ed indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino.

Come si possa pensare di affidare alla regolamentazione leggera della politica, con l'intenzione non per nulla celata di espropriare il potere giudiziario - cui compete costituzionalmente tale funzione - del compito di controllo della legalità dei comportamenti privati (il compito, cioè, di determinare ciò che è lecito ed illecito nell'intermediazione vietata), rimane davvero un mistero.

Lo si può fare solo con quella insostenibile leggerezza di un legislatore corrivo che deriva dal convincimento che l'Europa sia una sorta di menù *à la carte* dove si può prendere quel che si vuole e trasferirlo dove si vuole.

Non si possono proporre nell'ordinamento interno, ove esistono competenze istituzionali rigide e predeterminate, dinamiche interistituzionali mobili che sono invece sintomatiche di un ordinamento, come quello comunitario, in fase genetica ed ancora in via di assestamento.

Questi dilettanteschi tentativi lasciano intravedere una mimesi talmente rozza e approssimativa che genera solo sconcerto e dubbi sulla digeribilità e capacità di metabolizzare il metodo della new governance e del soft law comunitario.

Ci si può consolare riflettendo che non sempre chi si dichiara alfiere e paladino dell'integrazione europea sia necessariamente il miglior interprete delle novità che vi si originano.

Ci si può consolare sperando che si tratti soltanto di un ennesimo grottesco paradosso della eccentricità italiana; un altro discorso, quindi, tutto domestico, si spera contingente e transitorio.