

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE - MILANO
ISTITUTO GIURIDICO
RACCOLTE DI STUDI

11

STUDI IN ONORE DI TIZIANO TREU

LAVORO, ISTITUZIONI
CAMBIAMENTO SOCIALE

I

IL DIRITTO DEL LAVORO E I SUOI INTERLOCUTORI
DIRITTO SINDACALE E RELAZIONI INDUSTRIALI



JOVENE EDITORE 2011

ADALBERTO PERULLI

LA NUOVA REGOLAZIONE TRA EFFETTIVITÀ E SOSTENIBILITÀ

SOMMARIO: 1. Crisi economica e *deregulation*. – 2. La neo-regolazione sovranazionale. – 3. La neo-regolazione nell'UE. – 4. (*Segue*) Metodo aperto di coordinamento e soft law tra analisi razionalista e costruttivista. – 5. Il ruolo regolativo delle Corti nazionali e sovranazionali. – 6. La responsabilità sociale dell'impresa.

1. *Crisi economica e deregulation*

Una riflessione sul tema della regolazione nel diritto del lavoro non può che partire da una constatazione, al tempo stesso simbolica e tragica, riguardante il senso della profonda crisi economica e sociale che il mondo sta attraversando. Questa crisi *globale*, che ha sancito l'insostenibilità di modelli economici che si ritenevano ormai consolidati, ha le sue radici in un processo di *deregulation*, consistente nello smantellamento progressivo del sistema di regole edificato dopo la Grande Depressione. «*Sold Out. How Wall Street and Washington Betrayed America*» è il titolo del rapporto del *Wall Street Watch* (2009) che documenta le tappe della de-regolazione che ha portato al collasso: dall'abrogazione (1999) del *Banking Act* del 1933 che ha dato il via libera alla rincorsa delle banche di investimento agli strumenti finanziari «creativi», alla de-regolazione (2000) dei derivati finanziari, al mutamento (2004) del regime regolativo imposto dalla SEC (*Security Exchange Commission*) alle banche in termini di rapporto debito-capitale netto che ha fatto lievitare l'indebitamento bancario, al *Credit Rating Agency Reform* (2006) che ha indebolito i poteri della SEC nella supervisione delle agenzie di rating.

La crisi attuale dimostra che il mito della «mano invisibile» regolatrice del sistema delle allocazioni, ossia l'idea dello sviluppo autonomamente realizzato dal mercato, è fallace, e che la visione di un sistema che si autoregola, così cara all'economia neoclassica, dove essere abbandonata. Se la globalizzazione senza regole sembrava avere sconfitto il ruolo della normazione pubblica, torna oggi prepotentemente sulla scena la questione della etero-regolazione dei processi economici, delle norme di comportamento per l'azione economica, dal cui rispetto dovrebbe derivare la stessa «cittadinanza democratica» degli attori economici: un tema, questo delle *regole*, che non a caso un giurista italiano ha di recente definito una delle «grandi ossessioni» del capitalismo¹; un tema liquidato dai fautori più estremi del libero mercato: valga per tutti il riferimento all'economista Friedrich von Hayek il quale, nella sua influente opera *La via della schiavitù*, ha sostenuto che il coinvolgimento su vasta scala dello Stato nell'economia porta al crollo delle libertà individuali; un tema coltivato dall'analisi economica del diritto, la nuova ortodossia del capitalismo finanziario, in una prospettiva riduzionista e del tutto funzionale ad una visione meramente efficientistica delle regole,

¹ G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Adelphi, 2006.

la cui legittimazione (se non la stessa validità) è indirettamente proporzionale al grado di resistenza che esse oppongono al libero dispiegarsi della razionalità economica.

Che il tema di fondo di questa crisi sia quello delle regole e della regolazione, del rapporto tra mercato e diritto, è confermato anche dalle avvisaglie della crisi, vale a dire la dilagante *illegalità* dei mercati e nei mercati, attuata con particolare arroganza e autoreferenzialità dagli attori economici. Negli USA, in Europa, in Asia si sono moltiplicati i processi contro le imprese accusate di corruzione, di truffa ai danni dello Stato, di frode nei confronti di altri privati, di malversazioni contro i consumatori e gli azionisti². Una irresponsabilità nei comportamenti degli attori economici che rappresenta a ben vedere la conseguenza diretta di una visione della razionalità economica governata dal libero gioco degli interessi individuali, interessi egoistici che si muovono in un mondo che richiede «oscurità e accecamento», una razionalità non solo circondata ma addirittura *fondata* sull'inconoscibilità del processo; un modello il cui carattere incontrollabile non contrasta, ma al contrario *fonda* la razionalità del comportamento atomistico dell'attore economico³.

Questa visione dell'economia e del mercato si è generalizzata a livello sovranazionale, accentuando le tendenze alla de-regolazione dei mercati (e dei mercati del lavoro in particolare) in tutti i paesi a capitalismo avanzato.

Il mercato, che pure all'interno degli stati nazionali si fonda su un ordine legislativo, si estende su scala globale, de-territorializzandosi e de-statalizzandosi. Smantellando ogni specie di limite giuridico che limiti la circolazione dei capitali e delle merci, o la prestazione internazionale di servizi. Un Mercato Totale che abbraccia tutti gli uomini e tutti i prodotti del pianeta in seno al quale ogni paese abolisce le proprie frontiere commerciali al fine di guadagnare dal proprio vantaggio competitivo, un mercato che addirittura crea «zone franche di esportazione» – veri e propri spazi vuoti di diritto – in cui la politica sospende il diritto (la stessa fruizione di diritti sociali fondamentali) in uno «stato di eccezione» proclamato in nome del libero scambio⁴; ovvero garantisce che gli investitori stranieri vengano risarciti qualora dovessero subire delle perdite di valore delle loro attività a causa dell'applicazione di una qualche legge (è quanto prevede il capitolo XI del Trattato di libero commercio del Nord America (NAFTA) a tutela delle imprese americane che operano in Messico, ove si realizza il paradosso del risarcimento del danno causato dall'applicazione di una normativa locale del tutto legittima sancito da un Trattato internazionale).

Facendo della competizione il solo principio universale di organizzazione del mondo, l'economia ha realizzato una sorta di *nuovo totalitarismo del XXI secolo*: così come nel secolo scorso il vecchio totalitarismo segnò l'asservimento delle forme giuridiche alle leggi della competizione tra razze o tra classi, il totalitarismo del mercato definisce il nuovo paradigma del geo-diritto asservito alle «leggi» dell'economia; un'economia globale indifferente ai confini geografici e politici nella misura in cui gli si consente di scegliere, appunto, il luogo del diritto (secondo il principio per cui «ciascuno è libero di scegliere il proprio statuto giuridico»)⁵.

² G. Rossi, *Il mercato dell'azzardo*, Adelphi, 2008.

³ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Corso al Collège de France, Feltrinelli.

⁴ Sulla tematica dello stato d'eccezione cfr., in una prospettiva filosofico-giuridica, G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 2005, 19 ss.

⁵ A. SUPLOT, *L'inscription territoriale des lois*, in *Esprit*, 2008, 151 ss. Dello stesso autore, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris 2010.

Uno spazio emblematico di questo modello di concorrenza regolativa e di *law shopping* sta diventando la vecchia Europa, dove le libertà economiche – di stabilimento, di prestazioni di servizi, di circolazione dei capitali e delle merci – reclamano un nuovo *darwinismo legislativo* tale per cui gli attori economici, scegliendo la legge più profittevole, di fatto eliminano progressivamente dalla scena i sistemi normativi meno adatti a soddisfare le aspettative finanziarie degli investitori. Le recenti sentenze della Corte di giustizia, da *Viking* a *Laval* a *Rüffert* a *Commissione co. Lussemburgo* (sulle quali torneremo) testimoniano l'attitudine ad adottare come criterio di interpretazione del diritto comunitario il principio di competitività tra ordinamenti, finendo per «contaminare» al ribasso quelli con standard normativi più elevati, contrariamente a quanto dovrebbe avvenire applicando il principio di non regresso, e contrariamente a quanto dovrebbe avvenire se si volesse salvaguardare la coesione economica e sociale, di fatto scardinata dalle prassi sempre più frequenti di *social dumping*. In una parola: un processo di «decostruzione europea», come lo ha definito Antoine Lyon-Caen in un editoriale sulla *Revue du droit du Travail*⁶.

2. La neo-regolazione sovranazionale

Proviamo allora a ragionare diversamente, partendo dalla constatazione da cui siamo partiti: privata di solide basi regolative, l'economia globale ed il sistema finanziario e degli scambi commerciali, porta a fallimenti del mercato ed a catastrofi sociali, ambientali, culturali. Bisogna quindi porsi la questione seguente: quale regolazione? E per quale modernizzazione?

Per rispondere a queste domande bisogna tornare alle origini del diritto del lavoro, che è al contempo animato da preoccupazioni economiche e valoriali. La profonda ambivalenza della regolazione giuslavoristica – il suo essere funzionale al capitalismo e al tempo stesso antagonista dei suoi eccessi in funzione protettiva dei diritti fondamentali della persona – consente di connotare i processi regolativi in un'ottica di regolazione della concorrenza economica e sociale. Il futuro del diritto del lavoro non può che consistere nella neutralizzazione degli eccessi della concorrenza sociale *tra lavoratori*, e nel divenire diritto di regolazione (e contrasto) di questa inedita concorrenza sociale⁷. Solo che questa funzione non può essere ormai limitata a livello dei singoli sistemi nazionali, dal momento che i meccanismi correttivi devono essere coerenti con le esigenze espresse da un diritto della concorrenza sociale sempre più internazionalizzato. È necessario quindi, in questo momento di caduta delle certezze, rilanciare con forza l'idea di una globalizzazione virtuosa. Civilizzare la globalizzazione è possibile, partendo dal suo cuore pulsante, il sistema internazionale degli scambi, questo nuovo *nomos* della terra fondato sulle preoccupazioni del commercio nel suo aspetto politico più pregnante, quello della appropriazione e distribuzione delle risorse mondiali⁸. È ormai chiaro che le organizzazioni internazionali, ed il WTO in particolare, decidendo questioni relative al commercio, decidono anche questioni legate alla proprietà intellettuale, alla sicurezza ambientale, agli standard tecnici dei

⁶ *Déconstruction européenne*, revue de Droit du Travail, 2008, 273.

⁷ È la tesi di M. RIGAUX, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mises en cause*, Bruxelles 2009.

⁸ Ne parlava già C. SCHMITT nella sua opera *Der nomos der Erde*.

prodotti, la salute, il lavoro, l'ambiente. Il commercio mondiale rappresenta quindi un sistema «sconfinato» e «generale», un meccanismo di governo degli scambi destinato a svilupparsi in una prospettiva *internormativa*, che tenga cioè conto dei raccordi con i *non trade issues*, le altre sfere sociali e istituzionali, con i «beni pubblici globali» che una liberalizzazione senza regole ha sin qui ignorato⁹. Tali meccanismi di internormatività devono essere implementati in tutte le sedi, anche nelle giurisdizioni non statali in base al principio, enunciato dall'Appellate Body del WTO, secondo il quale «*trade agreements are not to be read in clinical isolation from public International law*». La regolazione dei fenomeni economici e finanziari collegati alla globalizzazione trova infatti una duplice giustificazione teorica, l'una di ordine economico (nella misura in cui tali il rispetto delle norme è funzionale alla creazione di un *level playing field* interstatale e di prassi di *fair competition* tra imprese), l'altra di ordine assiologico-valoriale in quanto la regolazione è volta alla promozione e al rispetto dei diritti sociali fondamentali nel quadro, più ampio, dei diritti umani e della democrazia.

Questa nuova regolazione si irradia mediante molteplici dispositivi, alcuni dei quali sono già esistenti e devono essere maggiormente valorizzati ed utilizzati, mentre altri devono essere istituiti *ex novo*, contribuendo a fornire senso, orientamento e normatività allo spazio giuridico mondiale in formazione.

La rapida crescita degli scambi commerciali internazionali di beni, servizi e capitali, resa possibile dall'applicazione dei principi di liberalizzazione del commercio elaborati nell'ambito GATT-WTO ha prodotto una deterritorializzazione delle attività economiche cui non è conseguito alcun progetto politico globale in grado di mantenere il legame sociale mediante discipline bilaterali, multilaterali e sopranazionali. Il sistema di *governance* globale unilaterale che ha operato sin qui si è rivelato fallimentare e va riformato sia nelle modalità operative sia negli obiettivi delle istituzioni multilaterali¹⁰. Le organizzazioni internazionali, come il FMI e la Banca Mondiale, che pure costituiscono attori significativi nella *global governance* dovrebbero collegare più strettamente, e più sistematicamente di quanto marginalmente fanno, le politiche monetarie alla definizione di standard commerciali e sociali, alla risoluzione di crisi umanitarie, e collocare nelle loro agende, pressoché vuote sotto questo profilo, politiche volte alla promozione e alla tutela dei diritti umani¹¹.

Peraltro, la globalizzazione economica e la relativa riduzione dei tradizionali ostacoli alle frontiere (dazi e contingenti) ha fatto emergere il ruolo sempre più significativo negli scambi internazionali di misure interne adottate per altre finalità, proponendo all'attenzione dei negoziati le interrelazioni tra commercio e *non trade issues*, come la tutela ambientale, investimenti, questioni monetarie, il rispetto dei diritti umani e dei *core labour standards*. Tuttavia, nell'attuale fase di transizione tra sistemi nazionali in crisi e fonti sopranazionali in gestazione, l'intreccio regolativo della dimensione economica e sociale vive ancora di specifici negoziati bilaterali e settoriali, ed attende una soluzione politica idonea a stabilizzare, a livello multilaterale, un congegno di governo della dimensione sociale del commercio internazionale. Solo grazie all'azione di più ampie strutture istituzionali, volte a disciplinare l'ordine economico

⁹ La tesi dell'internormatività sviluppata nell'opera di MIREILLE DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris 2006, e *La refondation des Pouvoirs*, Paris 2007.

¹⁰ M. CERUTI, T. TREU, *Organizzare l'altruismo. Globalizzazione e welfare*, Roma-Bari 2010, 163.

¹¹ Cf. G. A. SARFATY, *Why Culture Matters In International Institutions: The Marginality of Human Rights at The World Bank*, *American Journal of International Law*, 2009, vol. 103, n. 4, 647.

globale nel rispetto del progresso sociale e dei diritti umani sarà possibile, con il coinvolgimento diretto degli Stati, ricondurre la globalizzazione a principi politicamente ed universalmente condivisi, che attribuiscono legittimità all'azione del mercato affrontando gli squilibri di fondo creati da un processo attualmente arbitrato soltanto dalle forze economiche e fondato sulla fiducia nei benefici del libero mercato eretto a dogma.

In questa prospettiva si rende necessario introdurre clausole sociali nei trattati commerciali internazionali multilaterali, volte al rispetto delle Convenzioni fondamentali dell'OIL. È ormai improcrastinabile una profonda riforma del WTO in grado di «internalizzare le esternalità» prodotte dalla liberalizzazione degli scambi, incorporando le istanze *non trade* nel governo del commercio mondiale onde, sulla base dei trattati e delle norme internazionali in vigore negli stati membri del WTO, valutare l'impatto sociale e ambientale delle decisioni dei panel e dell'organo di appello.

Non convincono, infatti, le letture che ravvisano nella prospettiva della clausola sociale un rischio di unilateralismo aggressivo volto ad imporre condizioni al commercio dei paesi poveri, né le obiezioni riguardanti la mancanza in seno al WTO di una struttura tripartita che consenta la partecipazione di governi e parti sociali nella definizione e nell'applicazione degli standard sociali; né tantomeno le obiezioni teoriche di fondo sull'utilità di far leva sulle logiche di mercato nella modernizzazione dei rapporti economico-sociali internazionali¹². A questi argomenti può risponderci richiamando quanto la stessa OIL ha – per la prima volta nella sua storia – solennemente affermato con la «Dichiarazione sulla giustizia sociale per una mondializzazione giusta» adottata a Ginevra il 10 giugno 2008, e cioè che «*la violazione dei principi e dei diritti fondamentali del lavoro non possono essere invocati né utilizzati come vantaggi comparativi legittimi*», sconfessando la liceità delle pratiche di *social dumping* fondate sulla teoria, di origine ricardiana, dei vantaggi comparati delle nazioni. Il collegamento virtuoso tra politiche sociali progressiste e regolazione del commercio internazionale trova peraltro numerose evidenze empiriche. L'esperienza del *North American Agreement on Labor Cooperation* (l'accordo parallelo al NAFTA) ha favorito un sostanziale incremento del livello di conoscenza dei reciproci sistemi di diritto del lavoro da parte di sindacati, governi, ONGs, management, mondo accademico e opinione pubblica; ha fertilizzato lo sviluppo di collaborazioni *cross-border* tra sindacati e ONGs; ha prodotto un *climate-changing* tra le cui conseguenze si annovera, ad esempio, la nuova legge antidiscriminazione che vieta espressamente la prassi (emersa in sede di istruttoria nell'ambito dell'Accordo) di imporre i test di gravidanza alle donne in fase di assunzione¹³. I *Free Trade Agreements* bilaterali di nuova generazione confermano la reale volontà degli Stati di affrontare seriamente la questione del *linkage* tra diritti sociali e commercio internazionale integrando le norme sulle *fair labor practices* negli Accordi sulle *fair trade practices*, utilizzando i medesimi congegni procedurali e sanzionatori¹⁴. La stessa OIL, che riconosce le ripercussioni delle politiche commerciali e fi-

¹² Sono queste le obiezioni di fondo sviluppate da CERUTI e TREU, *cit.*, 57 ss.

¹³ Legge 12 giugno 2003, Federal Official Gazette, 11 giugno 2003; sugli effetti positive dell'Accordo v. L. COMPA, *The North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC)*, International Encyclopaedia of Laws, Labour Law and Industrial Relations, 2008, 110.

¹⁴ Cfr. H. MEILS, *A Lesson from NAFTA: Can the FTAA Function as a Tool for Improvement in the Lives of Working Women?*, Indiana Law Journal, 2003, 895.

nanziarie sull'occupazione e sui diritti sociali, auspica la realizzazione di un «approccio integrato» nella promozione del lavoro decente, attuando legami con le organizzazioni internazionali e regionali che hanno mandati su materie «connesse». Il caso di Myanmar, che ha riguardato la violazione sistematica della Convenzione OIL n. 29 sullo sfruttamento del lavoro forzato da parte dei militari, conferma che se la *moral suasion* non funziona, la globalizzazione può sfruttare meccanismi di *connecting regimes* per raggiungere le finalità di giustizia sociale¹⁵.

Del pari, è necessario rilanciare con maggiore incisività, anche in base a risoluzioni del Parlamento europeo, il Sistema di preferenze generalizzate dell'UE, con particolare riferimento ai regimi speciali di incoraggiamento e alle misure di diritto premiale nei rapporti con i Paesi emergenti, che rappresentano la via più mite alla clausola sociale¹⁶, nonché incentivare la promozione da parte dei singoli governi di legislazioni sugli appalti pubblici e sulle modalità di partnership pubblico/privato secondo quanto previsto dal *Government Procurement Agreement* e dal *Model Law on Procurement* dell'UNCITRAL nonché dalla *Labour Clauses (Public Contracts) Convention* dell'OIL n. 94 (ratificata da 60 nazioni)¹⁷.

Sul piano dei rimedi si tocca con mano la carenza di un diritto globale capace di imporre il rispetto delle norme globali. È quindi necessario lavorare per progettare e creare le condizioni per un sistema di giustiziabilità transnazionale dei diritti economici e sociali. Nonostante il sistema del diritto internazionale privato sia per definizione localizzatore, la gravità della violazione dei diritti fondamentali può indurre i sistemi giuridici a relativizzare i tradizionali principi di competenza legislativa e giurisdizionale, come dimostra in modo esemplare la giurisprudenza francese nel caso *Moukarim*, che, richiamandosi alla nozione di ordine pubblico internazionale ha applicato il diritto del lavoro francese ad una lavoratrice straniera relegata in condizioni di semischiavitù da un datore di lavoro inglese che stava trascorrendo le vacanze sul suolo francese (Cass. Soc. 10 maggio 2006).

Prototipo di un dispositivo di extraterritorialità è l'*Alien Tort Claims Act* statunitense, che consente ai cittadini stranieri di intentare causa negli Stati Uniti per qualsiasi reato commesso in violazione del diritto delle genti o di un Trattato degli Stati Uniti. Negli ultimi anni ci sono stati vari tentativi, alcuni andati a buon fine, di promuovere azioni giudiziarie contro imprese multinazionali che avevano violato i diritti sociali fondamentali presso i tribunali americani; ciò ha consentito di sviluppare un contenzioso in materia di diritto del lavoro sul modello delle azioni di responsabilità civile per violazione dei diritti umani. Naturalmente le grandi imprese sono contrarie a questo genere di procedimenti, ma – come ha scritto il premio Nobel per l'economia Joseph Stiglitz – «se vogliamo che la globalizzazione funzioni è necessario che questa possibilità venga estesa anche al resto del mondo». Ci si può spingere in questa dire-

¹⁵ Cfr. E. U. PETERSMANN, *Time for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations*, New York University School of Law, Jean Monnet Working Paper 7/01; W. BENEDEK, *The World Trade Organization and Human Rights*, in Benedek-De Feyter-Marrella, *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge University Press, 2007, 137 ss.

¹⁶ F. PANTANO, R. SALOMONE, *Trade and labour within the European Union Generalized System of Preferences*, Jean Monnet Working Paper Series, NYUSL, 15/08.

¹⁷ Cfr. K. ZEISEL, *The Promotion Of Human Rights by Selective Public Procurement Under International Trade Law*, in O. DE SCHUTTER (edited by), *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart Publishing, 2006, 361 ss.

zione sino ad immaginare meccanismi di competenza universale, già conosciuti in materia penale, e dei quali si comincia a discutere anche in materia civile¹⁸.

3. *La neo-regolazione nell'UE*

Il bilanciamento tra sfera delle libertà economiche e diritti sociali, che ha caratterizzato l'intervento comunitario e la tormentata dialettica tra diritto comunitario della concorrenza e diritti nazionali del lavoro, pare volgere, nei più recenti sviluppi, ad un palese correzione in senso anti-sociale, con conseguente effetto corrosivo per i sistemi nazionali di diritto del lavoro¹⁹. Questa tendenza costituisce un tassello importante di quel «*Market-oriented approach*», da sempre caratterizzante il modello di iniziativa economica adottato dall'UE, che ha consentito nel tempo di giustificare limitazioni dei diritti fondamentali in nome di un vero e proprio «culto del mercato», confermato anche dalle decisioni concernenti il diritto di proprietà²⁰. Nonostante le crescenti, seppur discontinue pulsioni scientifiche per un diverso «*justice-oriented approach*», la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia ha infatti sancito, in più occasioni, la prevalenza delle ragioni del mercato nel processo di integrazione comunitario, a netto discapito dei diritti sociali fondamentali (che pure, nelle letture più attente e condivisibili, avrebbero dovuto rappresentare l'antidoto a derive marcatamente liberistiche e mercantilistiche²¹). Nei casi *Viking* e *Laval* la Corte ha giudicato le azioni collettive organizzate dai sindacati come delle restrizioni non giustificabili alle libertà economiche; come in un ossimoro, la Corte ha collocato il diritto di sciopero tra «i diritti fondamentali che fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario» per poi controbilanciarlo subordinandolo ai principi della libera circolazione, con un effetto di sicura marginalizzazione. Il principio di proporzionalità è utilizzato a vantaggio delle libertà economiche; anche se in *Laval* la Corte riafferma la duplice finalità economica e sociale della Comunità, che deve condurre a un bilanciamento delle disposizioni del Trattato relative alle quattro libertà di circolazione con gli obiettivi della politica sociale, si arriva a realizzare una messa sotto tutela giudiziaria dell'azione collettiva relativamente alla valutazione della pertinenza del conflitto e dei suoi mezzi in quanto proporzionali all'ipotetico motivo di ordine pubblico. Nei casi *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo* i giudici hanno ritenuto le normative interne, che prevedono condizioni più favorevoli per lavoratori distaccati rispetto a quelle minime obbligatorie, non compatibili con il diritto comunitario; viene quindi esclusa la possibilità di consentire l'applicazione di condizioni di occupazione migliori ai lavoratori distaccati, favorendo la pratica del dumping sociale da parte delle imprese, provenienti da altri Stati membri, sgravate dalle più stringenti normative in vigore nello Stato ospitante, previste a tutela dei lavoratori per le imprese nazionali. Con buona pace del diritto del

¹⁸ Abbiamo altrove sviluppato queste tematiche: cfr. A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, 1999; e più recentemente, A. PERULLI, F. MARRELLA, *Manifesto di Venezia sulla globalizzazione*, RIDL, 2009.

¹⁹ Cfr. A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di G. Vettori, Padova 2005, 157.

²⁰ Cfr. Per i riferimenti, nonché per le condivisibili linee di riflessione, F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, RDC, 2009, 291 ss.

²¹ Cfr. A. LYON-CAEN, *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services*, DS, 2005, 503 ss.

lavoro comunitario e della sua funzione primaria, che dovrebbe essere quella di scongiurare e tendenzialmente eliminare il *dumping* sociale, assicurando l'equalizzazione delle condizioni di concorrenza delle imprese che operano nel medesimo settore economico attraverso la parificazione dei costi di acquisto della forza lavoro²². Bisogni quindi ripensare il ruolo del diritto europeo nella protezione (o all'opposto nell'erosione) dei confini dei sistemi nazionali di diritto del lavoro e di *welfare*. I casi *Laval*, *Viking* e *Rüffert* sembrano dimostrare l'inconciliabilità tra il diritto del mercato transnazionale e la garanzia di spazi sociali nazionali, tra regole che garantiscono la libera prestazione di servizi e l'impegno degli Stati a garantire diritti sociali universali, con il rischio di innescare una regolazione competitiva: una *race to the bottom* negli standard sociali. Quali risposte vengono a tal riguardo dalla *New Governance* europea e dal metodo aperto di coordinamento (MAC)? Una diversa nozione di integrazione viene suggerita dalla visione riflessiva della *governance* riflessiva (*reflexive governance*), la quale non postula la riduzione delle differenze, ma la capacità dell'UE di «ascoltare» i bisogni dei singoli Stati e degli altri attori politici, la promozione di una attitudine riflessiva tra gli attori dell'UE, l'integrazione del discorso economico e sociale, l'apprendimento delle differenze. Elementi positivi di questa *governance* sono stati evidenziati dalla letteratura sul *Experimentalist Governance*, modello che interpreta le nuove tendenze dell'architettura istituzionale in Occidente sfruttando la possibilità di utilizzare le differenze fra Stati come laboratori in cui sviluppare diversi approcci alla soluzione dei problemi²³. Seppure l'*EU social law* non si sia costruita sulla base di quelle esperienze, l'*Experimentalist Governance* potrebbe rappresentare un forum per disseminare e imparare, facendo diventare un vantaggio quello che appare uno svantaggio (la sua inability a costruire un modello sociale comune europeo). Ma ci sono, evidentemente, anche aspetti negativi del modello, soprattutto lo sviluppo di una regolazione a macchia di leopardo, poiché gli attori domestici rimangono i principali *decision-makers*.

4. (Segue) Metodo aperto di coordinamento e *soft law* tra analisi razionalista e costruttivista

Il tema europeo del metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali conduce a riflettere, più in generale, sulle nuove forme di regolazione²⁴. Il tema è sempre connesso alla globalizzazione, che induce tutti gli attori a ricercare nuove tecniche di regolazione sociale, più attente alle esigenze dell'efficacia. Si tratta di un processo progressivo, che sta modificando il paesaggio normativo tradizionale: la diversificazione dei modelli di regolazione e la sofisticazione delle tecniche investono la natura, la portata spaziale e il contenuto della regolazione, coinvolgendo gli stessi principi fondamentali del costituzionalismo classico. A un diritto per definizione *hard*, che segue i principi del positivismo giuridico e si colloca nel tradizionale modello di *government* (*command and control* nella versione anglosassone) si affiancano forme di regolazione

²² Cfr. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione dell'integrazione europea*, Il Mulino, 2003, 175.

²³ C.F. SABEL, J. ZEITLIN, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, in *European Law Journal*, 2008, vol. 14, n. 3.

²⁴ Cfr. M. BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, 2006.

soft, eteronome e autonome, che arricchiscono l'ambito di una *new governance* eterica, policentrica, diffusa, fondata sull'idea di democrazia deliberativa²⁵, sulla pluralità di mondi privati autoregolati²⁶, sulla «rete» come nuovo paradigma del diritto statale, internazionale e sovranazionale²⁷. Anche il diritto del lavoro vede crescere forme di regolazione leggera: *soft law* non cogenti, talora sprovviste di diritti giuridicamente azionabili (e di sanzioni comminabili) ma dotate nondimeno di efficacia regolativa, elaborate e adottate dagli attori economici (*in primis* le imprese multinazionali) in una prospettiva di autonormazione volontaria, nonché da organizzazioni internazionali (OIL, OCSE) (torneremo su questo punto più avanti). Sul piano del *diritto internazionale del lavoro*, la *soft law* rappresenta un'esperienza assai diffusa (oltre 200 raccomandazioni), non necessariamente qualificabile come sottoprodotto da disdegnare ma anzi, in assenza di obbligazioni internazionali azionabili, metodo apprezzabile per influenzare il comportamento degli Stati nella misura in cui un organo internazionale competente e rappresentativo formula norme in un contesto disciplinare determinato. La stessa costruzione del diritto comunitario, tradizionalmente concepita attorno agli assi portanti della *hard law* (regolamenti e direttive) è divenuta esempio paradigmatico dell'affermarsi di nuove tecniche e metodi di regolazione sociale, definibili come *soft law* di seconda generazione per distinguerli da quegli atti di indirizzo politico-programmatico (raccomandazioni, pareri, risoluzioni) che venivano adottati in passato²⁸. La strategia europea per l'occupazione (SEO) ed il metodo aperto di coordinamento (MAC), nell'ambito di una più complessa *multilevel governance* che caratterizza la regolazione dell'UE in seguito alle riforme introdotte con i Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza, mobilitano una serie di congegni regolativi flessibili e non strettamente vincolanti, finalizzati al raggiungimento di obiettivi individuati mediante linee guida e centrati su tecniche di derivazione economico-aziendalistica come la *peer review*, il *benchmarking*, il *management by objectives*, le buone prassi²⁹. In questo scenario complesso, in cui il linguaggio della politica e quello dei diritti tendono a confondersi e a sovrapporsi, emergono combinazioni inedite di regolazione, forme ibride di giuridicità che sanciscono il superamento di frontiere e dicotomie consolidate (pubblico/privato, *hard/soft law*, nazionale/internazionale, locale/globale), e che privilegiano lo sperimentalismo, l'adattabilità, la reversibilità in luogo della generalità e astrattezza, ma anche della certezza e della stabilità, proprie della regolamentazione tradizionale³⁰. Razionalismo e costruttivismo giuridico convergono – nell'ambito della letteratura di teoria di relazioni internazionali e di diritto internazionale – nel sottolineare i limiti ma anche i pregi di questa prospettiva, per molti versi più adatta a rispondere alla sfida che la «seconda modernità», caratterizzata da incertezza, flessibilità, instabilità³¹, lancia all'efficacia regolativa. Da un punto di vista razionalista la re-

²⁵ Cfr. J. HARBERTAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, Frankfurt-am-Main, 1981.

²⁶ Cfr. G. TEUBNER, *Diritto policontestuale*, La città del sole, 1999.

²⁷ Cfr. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

²⁸ M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, 4ª ed., Padova 2007, 164.

²⁹ Cfr. i saggi contenuti nel volume a cura di M. BARBERA, *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano 2006.

³⁰ Sottolinea l'importanza delle interconnessioni tra linguaggio della politica e discorso del diritto B. CARUSO, *DLRI*, 2006, 29 ss.

³¹ Cfr. D.M. TRUBEK, P. COTTRELL, M. NANCE, «Soft Law», «Hard Law» and European Integration: *Toward a Theory of Hybridity*, NYU School of Law, 2005.

golazione, in quanto funzionale alla stabilizzazione di aspettative individuali, alla riduzione dei costi di transazione e all'aumento dei benefici derivanti dal rispetto della norma, trova nei meccanismi *soft* uno strumento plurifunzionale: capace di ridurre i costi di transazione nell'ambito di negoziazioni altamente complesse o contenziose, di impegnare le parti senza ledere troppo le rispettive sfere di sovranità, di modellare la norma in termini adattivi e flessibili, di rispettare le diversità, di consentire una più ampia partecipazione nel processo di costruzione della norma, ed infine di marcare, in una prospettiva incrementale, la prima tappa nella direzione di impegni maggiormente vincolanti³². La riflessione costruttivista, dal suo canto, ravvisa nella *soft law* un percorso che valorizza all'interno della sfera regolativa elementi quali la persuasione, l'argomentazione, la socializzazione, l'apprendimento, tutti funzionali alla visione della regolazione come processo aperto e dinamico che coinvolge la comunità e le reti transnazionali nella costruzione delle identità sociali e dei valori condivisi nelle istituzioni³³. In tal prospettiva la *soft law* sembra meglio equipaggiata per promuovere processi trasformativi di diffusione efficace delle norme, oltretutto conoscenze capaci di produrre – anche mediante la creazione di arene deliberative – un impatto positivo sulla formazione delle politiche e sulla loro implementazione. La tensione tra una visione dell'efficacia della regolazione come strumento costrittivo, capace di vincolare il comportamento degli attori secondo preferenze prefissate, ovvero come strumento trasformativo capace di conformare le identità e gli interessi degli attori, è destinata a comporsi in una prospettiva di coesistenza dei dati regolativi di stabilità e flessibilità, uniformità e differenziazione, cambiamento e vincolatività. Probabilmente all'interno dei sistemi giuridici del lavoro si stanno costituendo dispositivi osmotici che vanno nella direzione dell'ibridazione piuttosto che del conflitto tra strumenti di regolazione *hard* e *soft*, come dimostra, del resto, la stessa esperienza europea, ove possiamo classificare congegni regolativi formalmente *hard* che producono effetti *soft* (le direttive di seconda generazione), norme *soft* che producono effetti vincolanti per le parti (gli accordi quadro del dialogo sociale, la coordinazione in materia di politiche occupazionali, soprattutto nella prima fase), e norme definibili semi-*hard* o semi-*soft*, come la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (o Carta di Nizza), in considerazione dell'uso fattone di recente dalla Corte di giustizia³⁴. Per il giurista del lavoro la regolazione *soft* apre un vasto orizzonte di riflessione, a partire da una alternativa fondamentale: si tratta di una tendenza che, in nome dell'efficacia, porterà il diritto del lavoro ad arricchirsi di inedite tecniche regolative in vista di una nuova democrazia sociale, o siamo piuttosto di fronte ad una *modernizzazione* del modello di regolazione sociale inscritta nella visione neo-liberista dell'economia e della società, che conduce sul piano interno

³² Cfr. D. SNIDAL, *Rational Choice and International Relation Theory*, in *Handbook of International Relations*, London 2002.

³³ Cfr. E. ADLER, *Constructivism and International Relations Theory*, in *Handbook of International Relations*, London 2002; J. RUGGIE, *What Makes The World Hang Together*, in *International Organization*, 1998; T. RISSE, *Social Constructivism and European Integration Theory*, Oxford 2004.

³⁴ Cfr. la sentenza della Corte 11 dicembre 2007 nella causa *International transport Workers' Federation, Finish Seamen's Union* contro *Viking Line ABP, OU Viking Line Esti*, ove nel riconoscere il diritto di sciopero quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario la Corte richiama espressamente la Carta di Nizza; sentenza 27 giugno 2006, C-540/03, in materia di ricongiungimento familiare; sentenza 13 maggio 2007, C-432/05, su cui v. G. BRONZINI, V. PICONE, *La Corte di Lussemburgo «scopre» la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela «multilevel» dei diritti fondamentali?*, RCDL, 2006; più cauta M.V. BALLESTREIRO.

ad una destrutturazione dell'apparato garantista e sul piano sopranazionale ad una progressiva diluizione dei diritti sociali in politiche sociali sempre meno capaci di garantire la coordinazione? Il dibattito ferve³⁵. Secondo una parte della dottrina, è reale il pericolo che il MAC e le altre forme di cooperazione e di *new governance* si collochino in (e siano funzionali ad) un *trend* minimale di «government» orientato alla *de-regulation*³⁶. In tal prospettiva sotto il vocabolo *soft* della scienza politica applicata al diritto si nasconderebbe non tanto l'impotenza dell'Europa ad agire con rinnovata incisività nell'ambito dei diritti sociali, quanto, più profondamente (e insidiosamente) la strumentalizzazione delle politiche sociali a profitto di obiettivi strutturali di riduzione della spesa pubblica, di austerità salariale e di flessibilità del mercato del lavoro³⁷. Secondo visioni meno critiche, ed anzi decisamente ottimistiche, le potenzialità del MAC come strumento di rafforzamento di integrazione nell'era della globalizzazione non possono essere sottovalutate³⁸, seppure altri autori evidenzino il difficile rapporto tra la prospettiva procedurale del MAC e la grammatica sostanziale dei diritti fondamentali³⁹, di cui invece gli individui, in ambito europeo, chiedono garanzie visibili e certe. Probabilmente, il punto di equilibrio tra queste opposte visioni dovrà essere trovato nel temperamento tra le esigenze di un diritto del lavoro sempre più «procedurale», volto a compensare la flessibilità con tutele più efficienti nel mercato e il rafforzamento degli standard di tutela propri del cd. Modello sociale europeo. Ciò per la semplice ragione che, così come i tradizionali diritti procedurali (divieti di discriminazione, formazione ecc.) sono esercitabili solo da parte di chi gode di garanzie di stabilità del rapporto di lavoro, i diritti procedurali di nuova generazione devono poggiare su meccanismi universalistici di garanzia di stabilità «fuori» dal rapporto, vale a dire garanzie effettive che pongano i lavoratori al riparo dal rischio di esclusione sociale. Allo stato attuale, tuttavia, è senz'altro il primo corno del dilemma a prevalere. Le garanzie procedurali nel mercato, cui consegue una sorta di «esternalizzazione della protezione sociale» (o socializzazione dei costi di protezione sociale), sembrano essere l'unica via percorribile per integrare competitività economica e diritti sociali; ma la praticabilità del modello danese su scala europea è quasi irrealistico, con il rischio che nel binomio *flexicurity* sia la flessibilità a prevalere nettamente sulla sicurezza, con ciò configurandosi una prospettiva non molto diversa da quella comunemente definita neo-liberale⁴⁰.

³⁵ Per alcune attualizzazioni del dibattito nell'ambito della riflessione dottrinale italiana v. A. ALAIMO, *L'impatto della globalizzazione sul diritto del lavoro in Italia. La mediazione dell'Unione europea*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, 244 s.; B. CARUSO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, *LD*, 2003, 49 ss.; B. CARUSO, *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, *CSDLE Int-38/2005*, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp; M. DELFINO, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e soft law*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, 653.

³⁶ Cfr. J. KENNER, *EU Employment Law*, Hart Publishing, Oxford 2003, 505; A. LYON-CAEN, J. AFICHARD, *De normes juridiques aux normes statistiques: les politiques de l'emploi à l'épreuve de la coordination*, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, Padova 2005.

³⁷ Cfr. F. EYMARD-DUVERNAY, O. FAVERAU, A. ORLÉAN, R. SALAIS, L. THÉVENOT, *Des contrats incitatifs aux conventions légitimes. Une alternative aux politiques néolibérales*, in F. EYMARD-DUVERNAY, *L'économie des conventions, methods et results*, Tome 2, La Découverte, Paris 2006, 40.

³⁸ Cfr. S. SCIARRA, *Global or Re-nationalised? Past and Future of European Labour Law*, in F. SNIDER (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford 2000, 280 ss.

³⁹ Cfr. A. LO FARO, *Coordinamento aperto e diritti fondamentali: un rapporto difficile*, in M. BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolazione*, cit., 353 ss.

⁴⁰ ORLANDINI, cit., 88.

5. *Il ruolo regolativo delle Corti nazionali e sovranazionali*

La regolazione ad opera delle Corti è uno dei portati più interessanti della globalizzazione. È all'opera su scala mondiale un processo, poco analizzato ma straordinariamente fertile, di valorizzazione da parte delle giurisdizioni nazionali e ultrastatali di norme sovranazionali o internazionali che lasciano presagire un lento, ma inesorabile, processo creativo di diritti sociali di portata universale; una prospettiva neokantiana di «diritto sociale cosmopolita» che trova i propri vettori nell'attività meritoria e pionieristica di alcune Corti nazionali e sovranazionali.

La Corte europea dei diritti dell'uomo è una delle principali protagoniste di questo processo. Con la sentenza *Demir et Baykara* del 12 novembre 2008 la *Grand Chambre* ha consacrato ufficialmente il diritto di negoziazione collettiva quale diritto protetto dall'art. 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), relativo al diritto di fondare un sindacato e di aderirvi, modificando un precedente e consolidato orientamento. Nel caso di specie un sindacato turco della funzione pubblica concludeva un contratto collettivo con un comune relativamente a condizioni di lavoro e retribuzione. Il comune non rispettava il contratto e mentre il giudice di primo grado, cui il sindacato si era rivolto, lo condannava, la Corte di Cassazione riteneva all'opposto che, poiché all'epoca dei fatti la costituzione turca proteggeva il diritto di libertà sindacale solo nel settore privato, il contratto collettivo dovesse venire annullato con effetto retroattivo. La Corte europea dei diritti dell'uomo, investita della questione, si fa catalizzatrice di un insieme di fonti internazionali ed europee in materia di diritto del lavoro: come un alchimista alla ricerca della pietra filosofale capace di trasformare il ferro in oro, la *Grande Chambre* trasforma con la sua «pietra interpretativa» materiali esterni e non vincolanti in obblighi gravanti sugli Stati, parti della Convenzione. In questa prospettiva è significativo il richiamo compiuto a fonti extra-convenzionali, vale a dire «a elementi di diritto internazionali diversi da quelli della Convenzione, alle interpretazioni fornite di tali elementi dalle organizzazioni competenti e alle prassi degli Stati europei che riflettono i loro valori comuni» nell'interpretazione della Convenzione stessa; onde non è necessario «che lo Stato convenuto abbia ratificato l'insieme degli strumenti applicabili nel settore relativo alla causa», essendo sufficiente «che gli strumenti internazionali pertinenti denotino un'evoluzione continua delle norme e dei principi applicati nel diritto internazionale o nel diritto interno della maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa e attestino, su un aspetto preciso, una comunanza di vedute nelle società moderne».

Con la sentenza *Enerji Yapi Yol Sen c. Turchia* del 21 aprile 2009 la Corte di Strasburgo ha consacrato per la prima volta il diritto di sciopero al rango di diritto protetto dal diritto europeo dei diritti dell'uomo, attirandolo nell'orbita dell'art. 11 della CEDU sulla libertà sindacale. Prolungando quanto già statuito con la sentenza *Demir et Baykara*, la Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso dei sindacati turchi in una fattispecie di particolare rilievo, che interessava il settore dei servizi pubblici, rilevando la violazione dell'art. 11 della CEDU (che ricordo riguarda il diritto di libertà sindacale) da parte di una circolare ministeriale che ricordava il divieto contenuto nella legge turca ai funzionari del settore pubblico (che erano stati colpiti da sanzioni disciplinari) di partecipare a scioperi che mettersero in pericolo la continuità del servizio pubblico. La Corte di Strasburgo non poteva porsi maggiormente in contrasto con la giurisprudenza ultraliberale della CGE; statuendo che il diritto di sciopero, come tutti i diritti

derivanti dalla Convenzione, deve essere «concreto ed effettivo» e non teorico e illusorio, la Corte utilizza il principio di proporzionalità non per relativizzare il diritto sociale (come ha fatto la CGE in *Laval*) ma per garantirne l'effetto pienamente utile; si viene quindi a prefigurare un «doppio livello» di protezione dello sciopero, comunitario (più debole) e internazionale (più forte), onde non è insensato chiedersi se la giurisprudenza *Viking* e *Laval* non costituisca una «insufficienza manifesta» nella protezione di uno dei diritti ormai garantiti dalla Convenzione, di fronte alla quale viene a cadere la presunzione di protezione equivalente offerta dal diritto comunitario in materia di diritti fondamentali, stabilita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella celebre sentenza *Bosphorus c. Irlanda* del 30 giugno 2005.

Il quadro della globalizzazione delle norme sociali si coglie anche nell'opera delle Corti nazionali, con una moltiplicazione di richiami alle norme internazionali di lavoro. Con una sentenza del 16 dicembre 2008 la *Chambre sociale* della Corte di Cassazione francese ha affermato che l'art. 6.1 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966 è direttamente applicabile in diritto interno e che il diritto di garantire a ogni persona la possibilità di guadagnarsi da vivere attraverso un lavoro liberamente scelto o accettato si oppone alla norma che prevede che il lavoratore tenuto al rispetto di una norma di non concorrenza sia privato di ogni contropartita economica in ragione del fatto che era stato licenziato per colpa grave. In tal modo la Corte ha disatteso la previsione dell'art. 75, alinea 3 di un *Code du commerce* locale applicabile nei dipartimenti dell'*Haut-Rhin*, *Bas-Rhin* e *Moselle*, che per ragioni storiche è presente anche nel Codice di commercio tedesco (§75 HGB). Pochi mesi prima, la stessa *chambre sociale* della Corte di Cassazione, con decisione del 1 luglio 2008, ha fatto applicazione diretta di alcune disposizioni di un altro testo di diritto internazionale del lavoro, la Convenzione 158 dell'OIL in materia di tutela contro il licenziamento, per annullare il dispositivo normativo sul contratto *Nouvelles Embauches* (CNE), la cui filosofia, ripresa nelle proposte italiane di «contratto unico», consisteva nel privare per un periodo di due anni il lavoratore assunto con tale contratto dalle tutele previste in caso di recesso ingiustificato: una sorta di traduzione francese del licenziamento *at will* dell'esperienza americana. I giudici francesi, dopo aver richiamato l'art. 4 della Convenzione laddove dispone che «*un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service*» deve sussistere, ritiene che il periodo di due anni previsto dal CNE supera la «durata ragionevole» prevista dall'art. 2 della Convenzione relativamente ai casi di esclusione dal campo di applicazione per certe categorie di lavoratori.

Secondo il diritto costituzionale canadese, un trattato internazionale non è suscettibile di applicazione diretta nel diritto interno. La Carta canadese dei diritti e delle libertà non contempla il diritto di contrattazione collettiva, né il Canada ha ratificato la Convenzione OIL n. 98 sul diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva. Tuttavia, con una pronuncia del 8 giugno 2007 i giudici della Corte Suprema, nell'interpretare l'art. 2 d) della Carta canadese sulla libertà di associazione, hanno richiamato la Convenzione 87 sulla libertà sindacale (ratificata) e il Patto internazionale sui diritti economici e sociali sostenendo che «*la liberté de constituer et d'organiser des syndicats doit, même dans le secteur public, comprendre la liberté d'exercer les activités essentielles des syndicats, telles la négociation collective et la grève, sous réserve de limites raisonnables*». La Corte prosegue il suo ragionamento facendo appello alla Dichia-

razione dell'OIL del 1998 relativa ai principi e diritti fondamentali, quale strumento interpretativo della Carta canadese dei diritti e delle libertà, giungendo per tale via a definire i contorni e la portata della libertà di associazione prevista dalla carta canadese dei diritti e delle libertà con riferimento, giungendo nel caso di specie, a dichiarare l'incostituzionalità di una legge (*Health and Social Services Delivery Improvement Act*) che aveva annullato importanti disposizioni della contrattazione collettiva in vigore nel settore pubblico.

Accanto a iniziative volontarie e di regolazione soft, come codici di condotta *et similia*, l'utilizzo del diritto internazionale in versione giurisprudenziale da parte di Corti interne o sovranazionali rappresenta quindi una delle forme più visibili della diffusione di un diritto sociale globale. I sistemi nazionali e internazionali si nutrono vicendevolmente e il diritto internazionale, attraverso una molteplicità di tecniche e di usi, diventa un linguaggio universale nella regolazione dei rapporti delle condizioni e dei conflitti di lavoro.

Il passo successivo da compiere sarà quello di creare delle «passarelle» fra diversi regime regolatori⁴¹, per far penetrare i principi giuslavoristici del rispetto dei diritti sociali fondamentali in ambiti normativi interconnessi (sul modello di inter-normatività descritto *supra* con riferimento alle clausole sociali). L'internormatività praticata dalle Corti ultrastatali lascia in effetti ben sperare, anche se probabilmente l'opera di «tessitura» di questo diritto globale per via giurisprudenziale è ancora molto lungo ed incerto. Nel caso *Gasoline* l'Appellate Body del WTO ha stabilito che gli accordi del commercio internazionale non vanno considerati separatamente dal diritto internazionale e nel caso *Korea* il Panel della stessa organizzazione ha affermato che il diritto internazionale consuetudinario si applica alle relazioni economiche tra gli Stati membri del WTO nella misura in cui il Trattato sul commercio non ne escluda l'applicazione. Per questa via stanno penetrando nei regimi regolatori globali principi di trasparenza e di giusto procedimento nella gestione delle norme commerciali (caso *Shrimps Turtles*): come dire che il naturale *linkage* tra commercio internazionale e diritti sociali potrebbe realizzarsi grazie alla costruzione di un tessuto normativo «connettivo» creato dalle Corti ultrastatali, pur in assenza di un diritto globale generale.

6. La responsabilità sociale dell'impresa

Nello scenario delle nuove tecniche regolative in funzione di modernizzazione del diritto del lavoro un capitolo importante riguarda il tema della responsabilità sociale delle imprese (RSI). In assenza di un sistema giuridico nazionale e sovranazionale efficace, un posto ragguardevole nel dibattito attuale su globalizzazione e sviluppo sostenibile è stato assunto dalle forme di nuova regolazione e relative modalità operative volte a far progredire i diritti dei lavoratori più efficacemente di quanto avviene attualmente con le tecniche del *command and control*, dell'*hard law*, della norma inderogabile ecc⁴². In questa dimensione, oltre a meccanismi puramente economici di incitazione finanziaria, si colloca la prospettiva della auto-normazione privata su base volontaria. L'integrazione su base volontaria delle preoccupazioni sociali (ed ecologiche)

⁴¹ Cfr. S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino 2009.

⁴² C. FENWICK, J. HOWE, S.D. MARSHALL, I. LANDAU, *Labour and labour-related laws in micro and small enterprises: Innovative regulatory approaches*, SEED Working paper n. 81 (Genève, BIT), 2007.

delle aziende nelle loro operazioni produttive/commerciali è sospinta dalle pressioni crescenti degli investitori preoccupati di accompagnare la redditività al rispetto di criteri etici; dei consumatori e più in generale dalla società civile la cui voce mediatica si fa ascoltare anche attraverso ONG, sindacati e movimenti politici; dal potere pubblico, nei sistemi che inquadrano giuridicamente il social labelling; nei rapporti tra imprese e parti interessate, la RSI apre scenari potenzialmente virtuosi di avanzamento nella prospettiva di un diritto del lavoro locale/globale, al contempo «effettivo» e «sostenibile». *Effettivo*, perché i programmi di responsabilità sociale, se adeguatamente orientati e integrati in un contesto di istituzioni, politiche e pratiche possono colmare lacune normative (in relazione a spazi di libertà imprenditoriale non regolamentati da norme), ovvero rafforzare e rendere più vigorosi obblighi già previsti dalla legge o dai contratti; «*sostenibile*», sia perché la dimensione autoregolativa della responsabilità sociale fa aggio sulla scelta volontaristica dell'impresa, che valuta in autonomia il peso e la sostenibilità degli impegni assunti, sia perché la sostenibilità non è un concetto puramente economico ma anche sociale, e il rispetto dei diritti sociali fondamentali, come dimostrano ormai studi autorevoli condotti dall'OIL, dall'OCSE e dalla WTO non costituisce uno svantaggio economico per le imprese.

La scelta dell'effettività e del completamento è testimoniata da quei codici di condotta, strumenti principe della RSI, in cui l'impresa si dà l'obiettivo di «completare (le) leggi, i regolamenti, le obbligazioni e i grandi principi internazionali» promuovendo il rispetto reciproco, l'equità, l'onestà, l'integrità⁴³, in ciò cogliendo correttamente l'indicazione dell'Unione Europea (nel suo Libro Verde) a dar vita a meccanismi affatto sostituivi bensì *integrativi* del quadro legale, nell'ottica, quindi, dell'innalzamento dei livelli di tutela, o del loro completamento. Nell'ottica europea la RSI e i codici di condotta non devono sostituirsi alla legislazione e alle disposizioni vincolanti del diritto nazionale, europeo e internazionale; le disposizioni normative a carattere obbligatorio garantiscono le *norem minime* che si impongono a tutti, mentre i codici di condotta e tutte le altre iniziative di natura volontaria non possono che completare e promuovere regole più rigorose per coloro che li sottoscrivono⁴⁴. Meccanismi normativi di questo genere possono essere utili sia sul piano del diritto del lavoro interno, anche nei sistemi giuridici più avanzati e strutturati, sia, soprattutto, su quello transnazionale, specie con riferimento alla diffusione degli obblighi lungo l'intera filiera dell'impresa transnazionale, con riferimento a fornitori, appaltatori e in genere dei «collaboratori» esterni della società. I codici di condotta, in particolare, possono rappresentare un vettore di assimilazione da parte dell'impresa multinazionale di standard sociali internazionali non direttamente applicabili all'impresa stessa, la quale non avendo lo status di soggetto di diritto internazionale pubblico non può vedersi imporre obbligazioni provenienti da organizzazioni internazionali. Studi di caso, condotti sulla comparazione tra stabilimenti di fornitori di imprese multinazionali, hanno dimostrato che le imprese che adottano codici di condotta e ne controllano il rispetto presso i fornitori con visite frequenti, prassi di *audit* e una comunicazione strutturata tra direzione dello stabilimento e committente, contribuiscono a migliorare il quadro

⁴³ Cfr. il Codice della Società Dassault Systèmes (DS), casa madre del gruppo Dassault Systèmes quotata nelle borse di Parigi e New York; cfr. sul punto R. de QUENAUDON et M.-J. GOMEZ-MUSTEL, *Un «code de conduite des affaires» en quête de statut juridique*, Rev. de droit du travail, n. 5, 2009, 311-315.

⁴⁴ In questo senso il Libro Verde dell'UE.

normativo generale, inducendo cambiamenti reali nell'organizzazione del lavoro e nelle condizioni lavorative⁴⁵.

Ciò detto, permangono diffidenze e critiche, che vanno attentamente considerate. Il rischio più grave tra quelli paventati è che la RSI rappresenti in realtà un modello di surrettizia sostituzione delle regole pubbliche con regole private; un modello che è stato definito nei termini della «sostituzione della legge del mercato alla legge dello Stato», ovvero della «standardizzazione» degli strumenti giuridici al fine di renderli più aderenti ai bisogni degli operatori economici⁴⁶. Per questo è opportuno che la RSI venga da un lato più esplicitamente ricondotta, concettualmente, alla necessità di correggere il funzionamento del mercato e degli stessi obiettivi di profitto; dall'altro precisata nei suoi contenuti, non già con un intervento autoritativo dello Stato – ciò che priverebbe di fondamento l'idea stessa di RSI – ma attraverso meccanismi di orientamento, di coordinamento soft e di incentivo, sul modello di quelli già da tempo operanti a livello internazionale⁴⁷; il riferimento è ai sistemi normativi elaborati dall'OIL e dall'OCSE, che hanno precisamente la finalità di ridurre la discrezionalità delle imprese nella elaborazione delle norme e di promuovere trasparenza e verificabilità dei comportamenti aziendali sulla base di standard oggettivi.

Con riferimento ai codici di condotta e agli altri strumenti di responsabilità sociale è quindi necessario:

- istituire controlli periodici circa il rispetto degli impegni assunti dalle imprese mediante agenzie indipendenti nazionali e internazionali, secondo una prospettiva già indicata nei Principi sulla responsabilità delle società transnazionali dell'ONU (2003);

- adottare da parte delle associazioni industriali di categoria nazionali e internazionali norme statutarie che prevedono la creazione di appositi meccanismi di monitoraggio sulla attività di RSI degli associati, con creazione di una anagrafe delle società che hanno adottato codici etici e valutazione dei comportamenti applicativi, prevedendo l'adozione di sanzioni endoassocieative in caso di trasgressione;

- promuovere a livello sopranazionale accordi sindacali di categoria nell'ambito del dialogo sociale settoriale, eventualmente con l'assistenza della Commissione europea, aventi ad oggetto codici di condotta indirizzati alle imprese europee, attenuando in tal modo il carattere unilaterale e selettivo dei codici e migliorando i meccanismi di controlli e la loro efficacia complessiva;

- diffondere informazioni sulle *best practices* esistenti in Europa e nel mondo sulla negoziazione collettiva dei codici di condotta, onde promuoverne i modelli e diffonderne le buone prassi, secondo il modello di governante della RSI promosso dall'UE e dall'ONU con il Global Compact;

- far sì che i codici di condotta – che spesso sono molto selettivi ed evitano accuratamente di comprendere la libertà di associazione sindacale e ancor meno la contrattazione collettiva, corroborando il sospetto che attraverso essi l'impresa intenda ridefinire a proprio vantaggio le nozioni legali – contemplino *come minimo* gli obblighi nascenti dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e in particolare i diritti economici e sociali proclamati dagli art. 22-25 (sicurezza sociale, parità di trattamento,

⁴⁵ Cfr. ad es. lo studio di R. LOCKE, T. KOCHAN, M. ROMIS, F. QIN, *Au-delà des codes de conduite: l'organisation et les normes du travail chez les fournisseurs de Nike*, in *Rev. Int. Trav.* (2007), vol. 146, n. 1-2, 21-39, condotto su 800 fornitori di Nike in 51 paesi.

⁴⁶ Cfr. I. DESBARRATS, *Réglementations publiques et RSE: des interactions complexe*, DO, 2006, 331.

⁴⁷ Cfr. CERUTI, TREU, cit., 104.

lavoro che consenta di vivere degnamente, libertà sindacale, limitazione dell'orario di lavoro), nonché i diritti sociali fondamentali indicati nella dichiarazione dell'OIL di Ginevra del 1998, a cui corrisponde il dovere delle imprese di contribuire, con l'adempimento delle prestazioni sociali, ai meccanismi di solidarietà che ne condizionano l'esercizio;

- garantire il controllo sulla *compliance* degli impegni previsti dai codici mediante l'intervento di organizzazioni sindacali e di rappresentanza dei lavoratori, sul modello delle norme OSHA e EEOC (*United States Equal Employment Opportunity Commission*)⁴⁸;

- assegnare ai principi operativi della RSI una rilevanza vincolante nei sistemi giuridici ove operano le multinazionali, superando la contraddizione tra il carattere puramente volontario dei dispositivi di RSI e il carattere non vincolante degli impegni assunti onde sviluppare una dimensione più tecnicamente obbligatoria della RSI, non limitata alla sola «sanzione sociale» (riprovazione, messa all'indice, boicottaggio): come dire che non bisogna confondere la volontarietà nell'adozione una regola, da una parte, ed il mancato assoggettamento alle conseguenze dell'inadempimento della regola volontariamente assunta, dall'altro, pena accettare un discorso meramente illusorio della RSI, che rappresenterebbe una sorta di *tromp-l'oeil* normativo.

Per far ciò è necessario mettere in atto molteplici meccanismi di «giuridificazione» della RSI, quali, ad esempio: *a*) prevedere la risoluzione dei contratti commerciali in caso di mancato rispetto degli impegni assunti con i codici di condotta; *b*) valorizzare negli ordinamenti giuridici nazionali la regola «*tu patere legem quam ipse fecisti*», che consente di attribuire forza obbligatoria agli impegni assunti unilateralmente; *c*) mobilitare altri istituti giuridici idonei a tradurre gli impegni presi con i codici di condotta in strutture normative (utilizzando l'obbligazione naturale, l'impegno contrattuale, le clausole generali di correttezza e buona fede, ecc.)⁴⁹.

Strettamente connessa alla prospettiva della RSI, se non interna alla stessa, è la materia dei marchi etici e sociali, volti ad orientare i consumi e gli investimenti nonché ad incentivare l'impegno sociale delle imprese.

In tal prospettiva i singoli governi e l'UE dovrebbero promuovere di leggi sulla tutela di standards sociali e ambientali, con meccanismi di *enforcement*, come l'istituzione della certificazione sociale e ambientale (sull'esempio della legge belga); l'istituzione del bilancio sociale, ambientale e di sostenibilità, sia per le imprese industriali e commerciali, sia per le imprese che operano in ambito bancario e finanziario; l'adozione di apposite discipline fiscali di agevolazione degli investimenti aziendali nel sociale; la creazione di una Commissione nazionale per i diritti umani, già operativa in alcuni paesi europei, con l'obbligo di vigilanza sul rispetto di tali standard normativi e di raccordo con la magistratura per perseguire le violazioni degli standard e accertare le relative responsabilità.

⁴⁸ Cfr. D. WEIL, *Enforcing OSHA: The role of labor unions*, Industrial Relations, 1991, vol. 30, n. 1, 20-36.

⁴⁹ Cfr. L. DUBIN, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, PUAM, 2003, 321 ss.