

Stefano Giubboni

Il diritto del lavoro oltre lo Stato: tracce per una discussione*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Asimmetrie globali. **3.** Erosione della sovranità sociale democratica. **4.** Organizzazione internazionale del lavoro e Unione europea: la vana ricerca di un “ordine pubblico sociale” ultra-statale. **5.** Diritto europeo della crisi. **6.** Proclamazione e dissolvenza dei diritti sociali in Europa. **7.** Attori collettivi transnazionali alla (difficile) ricerca di un ruolo. **8.** Conclusioni (con qualche provocazione per il dibattito).

I. *Premessa*

La tendenza del capitale a farsi globale era stata anticipata da Karl Marx osservando le dinamiche dell’accumulazione già in atto alla metà dell’Ottocento¹. In tempi più vicini, è Carl Schmitt a individuare, nella estensione – “oltre, dietro e accanto ai confini politico-statali tipici di un diritto internazionale apparentemente solo interstatale” – di un “onnipervasivo [...] spa-

* Con l’aggiunta delle note ed i necessari adattamenti, lo scritto costituisce la rielaborazione della relazione svolta al VI convegno nazionale della SIRD - Società italiana per la ricerca nel diritto comparato (Firenze, 25-28 ottobre 2018).

¹ MARX, *Grundrisse. Lineamenti fondamentali della critica dell’economia politica*, ed. italiana a cura di BACKHAUS, PGreco, 2012, vol. I, pp. 527-528: “Mentre quindi da un lato il capitale deve tendere ad abbattere ogni ostacolo locale che si frappone al suo traffico, ossia allo scambio, e a conquistare la terra intera come suo mercato, dall’altro esso tende ad annullare lo spazio per mezzo del tempo; ossia a ridurre al minimo il tempo che costa il movimento da un luogo all’altro. Quanto più il capitale è sviluppato, quanto più quindi è esteso il mercato sul quale circola e che costituisce la traiettoria spaziale della sua circolazione, tanto più esso tende al tempo stesso a estendere maggiormente il mercato nello spazio e ad annullare maggiormente lo spazio attraverso il tempo”.

zio di un'economia libera, ovvero non statale"², il tratto connotante la prima globalizzazione degli anni Settanta dell'Ottocento³. Il principio della "globalità del commercio", vale a dire di "un commercio e di un mercato mondiale liberi, con una libera circolazione dell'oro, del capitale e del lavoro"⁴, poteva già allora far preconizzare un tendenziale disallineamento tra lo spazio aperto e virtualmente sconfinato dell'economia e la delimitazione territoriale dei confini statuali della politica e del corrispondente imperio del diritto prodotto dagli Stati.

Solo la "iper-globalizzazione"⁵ economico-finanziaria dell'ultimo trentennio ha tuttavia avverato quella premonizione, radicalizzando tale processo dissimetrico con la rottura – apparentemente non reversibile – dell'"antica coestensione di politica diritto economia"⁶. Il "sogno utopico del capitale di operare in un mondo spaziale privo di attrito (obiettivo in gran parte raggiunto oggi con la mobilità del ciberdenaro)"⁷ è infatti avverato solo dallo sviluppo di quello specifico regime totalizzante di estrazione del valore che Luciano Gallino ha definito "finanzcapitalismo"⁸, il quale è stato consentito dalla "decisione fondamentale"⁹ di liberalizzare completamente i movimenti

² SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"*, trad. it., Adelphi, 1991, p. 299.

³ Sulle ragioni dell'ascesa e della caduta della prima grande globalizzazione v. RODRIK, *The Globalization Paradox. Why Global Markets, States and Democracy Can't Coexist*, Oxford University Press, 2011, pp. 24 ss.

⁴ SCHMITT, *Il nomos*, cit., p. 298.

⁵ RODRIK, *The Globalization Paradox*, cit., pp. 89 ss.; ID., *Straight Talk on Trade. Ideas for a Sane World Economy*, Princeton University Press, 2018, pp. 5 ss.

⁶ IRTI, *Tiamonto della sovranità e diffusione del potere*, in ID., *Diritto senza verità*, Laterza, 2011, p. 118.

⁷ HARVEY, *Marx e la follia del capitale*, trad. it., Feltrinelli, 2017, p. 134.

⁸ GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, 2011, che ne dà questa definizione: "Il finanzcapitalismo è una mega-macchina che è stata sviluppata nel corso degli ultimi decenni allo scopo di massimizzare e accumulare, sotto forma di capitale e insieme di potere, il valore estraibile sia dal maggior numero possibile di esseri umani, sia dagli ecosistemi. L'estrazione di valore tende ad abbracciare ogni momento e aspetto dell'esistenza degli uni e degli altri, dalla nascita alla morte o all'estinzione. Come macchina sociale, il finanzcapitalismo ha superato ciascuna delle precedenti, compresa quella del capitalismo industriale, a motivo della estensione planetaria e della sua capillare penetrazione in tutti i sotto-sistemi sociali, e in tutti gli strati della società, della natura e della persona" (p. 5).

⁹ Evoco volutamente, per ragioni che appariranno più chiare nel corso della trattazione, il concetto schmittiano per come è stato ripreso e rielaborato dalle dottrine ordoliberali della costituzione economica: cfr. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Com-*

di capitale assunta congiuntamente da Stati Uniti e Unione europea tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni Novanta del Novecento¹⁰.

Ma la dissimmetria tra la dimensione territoriale della politica e del diritto nazionale e la spazialità aperta e radicata dell'economia, e soprattutto della finanza globalizzata, ha prodotto laceranti contraddizioni sociali, che la grande crisi economico-finanziaria che ha investito l'emisfero occidentale nell'ultimo decennio ha messo cupamente a nudo, facendone gravare conseguenze drammatiche sui sistemi più fragili e meno attrezzati a parare i colpi della concorrenza e della mobilitazione globale dei fattori produttivi¹¹. "È – come ha osservato Natalino Irti – la tragica antinomia del nostro tempo, che vede, da un lato, le sovranità chiuse in definiti ambiti territoriali, in luoghi circoscritti da confini, e, dall'altro, le interminate distese della tecno-economia"¹².

Questa dissimmetria ha significativamente contribuito a mettere in crisi il ruolo che lo Stato, a partire dal secondo dopoguerra, ha storicamente svolto nelle democrazie costituzionali occidentali nell'assicurare il governo politico del rapporto tra capitale e lavoro all'interno dei propri confini. E spiega, al contempo, perché oggi i contro-movimenti "populisti" e "neo-sovranisti" di diversa estrazione¹³, che agitano la scena politica in Europa non meno che in America, facciano della riappropriazione difensiva di una sfera di sovranità economica all'interno dei confini statuali una formidabile sfida al modello di globalizzazione sul quale si era andato costruendo il nuovo ordine economico mondiale sotto l'egida dei grandi accordi commerciali multilaterali di libero scambio¹⁴.

petition Law and the "New" Europe, American Journal of Comparative Law, 1994, vol. 42, pp. 25 ss., spec. p. 44; A. CANTARO, *Costituzione e ordine economico*, Bonanno Editore, 1999, pp. 10 ss. (ed ovviamente SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, trad. it., Giuffrè, 1984, pp. 38 ss.).

¹⁰ Cfr. per tutti FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Il Mulino, 2017, pp. 70 ss.

¹¹ Cfr. DEMICHELIS, *La religione tecno-capitalista. Suddividere, conmettere e competere dalla teologia politica alla teologia tecnica*, Mimesis, 2015.

¹² IRTI, *Tramonto*, cit., p. 118.

¹³ Cfr. SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, DeriveApprodi, 2018.

¹⁴ Cfr. con particolare forza FAZI, MITCHELL, *Sovranità o barbarie. Il ritorno della questione nazionale*, Meltemi, 2018.

2. *Asimmetrie globali*

In Europa come negli Stati Uniti, la fase più recente ed inquieta della globalizzazione economico-finanziaria, caratterizzata dall'ascesa delle nuove grandi potenze industriali e commerciali di Cina e India, ha contribuito a mettere in discussione il ruolo tradizionalmente svolto dal diritto del lavoro dentro i confini statali. Questa non è certo l'unica causa della destabilizzazione dei fondamenti sui quali si sono retti, sino alla fine degli anni Settanta dello scorso secolo, in particolare in Europa occidentale, i grandi modelli di Stato sociale democratico affermatasi nel secondo dopoguerra; e tuttavia, come aveva avvertito Massimo d'Antona, si può dire che il progressivo spiazzamento funzionale della sovranità sociale nazionale riassuma in qualche modo in sé i diversi fattori di "crisi d'identità" del diritto del lavoro novecentesco¹⁵. Gli Stati nazionali rimangono ancora oggi la chiave di volta dei sistemi di relazioni industriali e di protezione sociale, ma le forme di solidarietà collettiva che sostengono e legittimano democraticamente la funzione protettiva del diritto del lavoro sono oggi sempre più erose e quasi spiazzate dalla forza centrifuga dell'apertura delle frontiere nel "mondo piatto"¹⁶ della tecno-globalizzazione di economia e finanza¹⁷.

L'asimmetria determinata dalla dissociazione tra la globalizzazione dei mercati e il persistente radicamento territoriale delle forme di solidarietà sociale nazionale costringe infatti gli Stati dentro una "morsa"¹⁸. Mentre l'internazionalizzazione dei mercati li mette in concorrenza diretta in una logica onnipervasiva che si concreta in una vera e propria competizione regolativa tra sistemi-paese¹⁹, gli Stati debbono far fronte sul piano interno a domande di protezione sociale accresciute proprio dagli effetti asimmetrici della globalizzazione, che se ha ridotto le distanze e le disparità tra i grandi blocchi geo-economici, ha invece parallelamente accresciuto le disuguaglianze al-

¹⁵ D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, RGL, 1998, I, pp. 311 ss.

¹⁶ FRIEDMAN, *The World Is Flat. A Brief History of the Twenty-first Century*, Picador, 2007.

¹⁷ Con riguardo alla vicenda paradigmatica dell'Unione europea v. FERRERA, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford University Press, 2005.

¹⁸ SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, 2007 (seconda ed.), p. XIX.

¹⁹ V. per tutti, più di recente, GUAZZAROTTI, *La subordinazione degli Stati al potere dei mercati finanziari attraverso la misurazione comparativa del diritto*, PD, 2018, pp. 387 ss.

l'interno dei confini nazionali (tra gruppi sociali come fra territori)²⁰. Il “paradosso della prosperità” – ha notato Mireille Delmas-Marty²¹ – fa sì che aumentino allo stesso tempo profitti e disuguaglianze; queste, dopo la grande crisi deflagrata nel 2008, hanno ormai raggiunto, anche in Occidente, livelli impressionanti, inimmaginabili fino a pochi anni fa e sempre più avvertiti come intollerabili²².

E mentre si moltiplica smisuratamente la ricchezza del percentile più alto²³, l'effetto congiunto della nuova divisione internazionale del lavoro e della trasformazione tecnologica polarizza le condizioni dei mercati del lavoro nazionali²⁴, condannando larghi strati di popolazione, che sino a poco fa costituivano orgogliosamente il nerbo delle classi medie delle società affluenti, ad una condizione di precarietà e di progressivo impoverimento. Sono stati per primi i settori meno qualificati e competitivi del lavoro industriale a subire gli effetti della concorrenza dell'esercito di riserva costituito dalle nuove masse operaie delle grandi economie asiatiche emergenti; ma oggi quella pressione concorrenziale si estende trasversalmente a tutti i comparti, anche sotto la spinta dei massici fenomeni migratori alimentati dalla globalizzazione. Costretto dentro questa morsa, lo Stato sociale nazionale è sempre meno in grado di compensare i perdenti della globalizzazione: la rabbia sociale che alimenta le nuove forme di populismo identitario e xenofobo e le reazioni neo-sovraniste contro la globalizzazione e il multilateralismo economico – negli Stati Uniti d'America come in Europa – ha in ciò la sua prima e più profonda radice²⁵.

²⁰ Nell'ormai ampia letteratura v. principalmente MILANOVIC, *Global Inequality. A New Approach for the Age of Globalization*, Harvard University Press, 2016, e STIGLITZ, *The Great Divide. Unequal Societies and What We Can Do about Them*, Norton, 2015.

²¹ DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013, p. 36.

²² Si veda il dibattito raccolto nell'almanacco di economia di *MicroMega*, 4/2017, *Solo l'eguaglianza ci può salvare*.

²³ Al punto che quella accumulata senza limite dai grandi monopolisti della rete e dalla nuova classe transnazionale di *rentiers* sembra aver realizzato “l'impulso illimitato e smisurato del capitale ad oltrepassare il suo limite” (MARX, *Grundrisse*, cit., p. 289). Cfr. STANDING, *The Corruption of Capitalism. Why Rentiers Thrive and Work Does Not Pay*, Biteback Publishing, 2016.

²⁴ Cfr. MORETTI, *La nuova geografia del lavoro*, Mondadori, 2012.

²⁵ Si rinvia all'analisi di CROUCH, *The Globalization Backlash*, Polity, 2019, pp. 28 ss.

3. *Erosione della sovranità sociale democratica*

I sistemi nazionali di solidarietà sono dunque come schiacciati tra queste due opposte logiche, subendo ad un tempo la pressione a piegarsi alla matrice neoliberale della competizione globale (e quindi a ridursi e ad adattarsi agli imperativi della efficienza allocativa e al dominio della razionalità numerica, algoritmica e contabile) e quella a estendere la loro funzione protettiva e di integrazione sociale, risarcendo o compensando (o per lo meno includendo nelle reti di contrasto della povertà) i perdenti della globalizzazione. Stretto entro queste contrapposte logiche – di apertura ai mercati internazionali e alla concorrenza globale la prima, di chiusura degli spazi di solidarietà la seconda –, lo Stato fatica, inevitabilmente, a fornire le risposte necessarie, donde la percezione politica diffusa di un declino e quasi di uno spaesamento della sovranità nazionale nel mondo iper-connesso della tecno-globalizzazione²⁶.

Il ruolo dello Stato è così messo in discussione senza che, però, al di là dei suoi confini emergano nuove forme di governo e di controllo dei mercati, capaci di riarticolare nuove formule di sintesi tra sviluppo economico e giustizia sociale a livello globale. Come ha nuovamente sottolineato Mireille Delmas-Marty, “la mondializzazione colpisce gli ordinamenti giuridici nella loro pretesa di identificarsi con lo Stato. Essa non sopprime però il diritto nazionale a beneficio di quello internazionale, ma dà piuttosto luogo a un groviglio tra diritto nazionale e diritto internazionale che può essere allo stesso tempo la fonte del problema o della sua soluzione”²⁷.

La fitta rete di autorità regolative di diversa e incerta natura²⁸, che è cresciuta disordinatamente in questi ultimi decenni rendendo pressoché vano ogni tentativo di distinzione tra dominio del diritto pubblico e sfera della autoregolazione privata²⁹, non riesce a supplire (e del resto neppure intende farlo) alle funzioni assolte dagli Stati. Il diritto della cosiddetta *governance* globale³⁰ è essenzialmente pensato per una società di mercato transnazionale ed

²⁶ Cfr. ad esempio BROWN, *Stati murati, sovranità in declino*, trad. it., Laterza, 2013.

²⁷ DELMAS-MARTY, *Résister*, cit., p. 7.

²⁸ Cfr. e plurimis CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, 2003, pp. 8 ss.; ID., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, 2009, pp. 18 ss.

²⁹ Anche essa una categoria fondativa dello Stato nazionale, ormai in crisi. Cfr. per tutti FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, 2000, spec. pp. 101 ss.

³⁰ Per un efficace quadro d'insieme v. BENVENISTI, *The Law of Global Governance*, Hague Academy of International Law, 2014.

è per questo prevalentemente basato su schemi contrattuali e volontaristici che rompono con la tradizione dello *jus publicum* degli Stati nazionali³¹. La scena è dominata da relazioni di tipo (apparentemente) orizzontale, eterarchico³², societario³³, ove i conflitti di interesse, anche quando non vengono del tutto occultati, sono comunque tendenzialmente espulsi dal circuito politico nazionale³⁴, per essere filtrati attraverso tecniche regolative di *soft law* e procedurale e, ove necessario, risolti preferibilmente secondo moduli arbitrali e negoziali.

Lo stesso intervento dei giudici e delle corti nazionali – la cui crescente rilevanza costituisce la cifra forse più evidente della postmodernità giuridica del “diritto globale”³⁵ – viene per la medesima ragione ricondotto alla dimensione orizzontale del “dialogo”, ove la circolazione del diritto straniero³⁶, come la stessa elaborazione pretoria di comuni principi “sovranazionali”³⁷, è prioritariamente legittimata dall’idea della parità di diritti conversazionali dei partecipanti³⁸, relegando ai margini le ipotesi del conflitto e quasi esorcizzando la questione della *Kompetenz-Kompetenz*³⁹, nella quale per definizione deve pur esserci la possibilità d’una decisione inoppugnabile emessa da chi si riconosce il potere (sovrano) di pronunciare l’ultima parola.

Anche questa “sorta di costituzionalizzazione transnazionale”⁴⁰ – guidata

³¹ Cfr. PERULLI P., *Il dio contratto. Origine e istituzione della società contemporanea*, Einaudi, 2012.

³² Cfr. principalmente OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

³³ Cfr. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, 2005; ID., *Nuovi conflitti costituzionali*, Bruno Mondadori, 2012.

³⁴ V. ad es. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, 2002, spec. pp. 173 ss., e più recentemente SOMMA, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spoliticizzazione dell’ordine economico*, PD, 2018, pp. 79 ss.

³⁵ Cfr. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, 2012, pp. 54 ss., e soprattutto GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Laterza, 2018, spec. pp. 91 ss.

³⁶ Cfr. MARKENSIS, FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, trad. it., Il Mulino, 2009.

³⁷ Cfr. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, 2010.

³⁸ V. solo CASSESE, *Il diritto globale*, cit., pp. 139 ss.; ID., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, 2009.

³⁹ Cfr. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel “commonwealth” europeo*, trad. it., Il Mulino, 1999, pp. 243 ss.

⁴⁰ Ancora FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, 2006, p. 38.

appunto dal dialogo tra le corti – finisce dunque per prescindere completamente dagli Stati⁴¹, e per recidere di conseguenza ogni legame con il “politico”⁴². Il nuovo ordine a-spaziale del mercato globale – il cuore della costituzionalizzazione trans- e sovra-nazionale del capitalismo⁴³ – si insinua lateralmente nelle (o, come avviene nel contesto dell’Unione europea, si impone senz’altro sulle) costituzioni nazionali, lasciando impotenti e come spiazzati dentro i confini territoriali degli Stati i depositari democratici del potere legislativo.

È questo un potente fattore di corrosione della identità del diritto del lavoro, come aveva avvertito D’Antona⁴⁴, poiché ne mette in discussione la pretesa democratica di costruire dal basso un limite alla logica del mercato⁴⁵, componendo secondo criteri di giustizia sociale commisurati al concreto contesto nazionale o locale il conflitto tra capitale e lavoro. Dal punto di vista del giurista del lavoro la fonte principale di tale inquietudine identitaria ed esistenziale sta proprio nella dissociazione tra il livello trans- o sovra-nazionale, nel quale opera la nuova costituzionalizzazione delle libertà di mercato, e quello ancora essenzialmente locale, nel quale soltanto è possibile una correzione democratica degli esiti distributivi dei processi economici. Invero, come osserva sempre Mireille Delmas-Marty, la “mondializzazione del diritto, selettiva e frammentaria com’è, dissocia le funzioni tradizionali del mercato (circolazione e redistribuzione) e separa le libertà economiche, che si sono rapidamente integrate, dai diritti sociali, la cui evoluzione è invece lenta e discontinua”⁴⁶.

Questa lancinante asimmetria è osservabile tanto al livello dell’ordinamento internazionale, quanto nell’ambito dell’Unione europea.

⁴¹ Ivi, p. 40.

⁴² Cfr. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm. A Sociological Approach*, Routledge, 2014, spec. pp. 122 ss.

⁴³ NICOL, *The Constitutional Protection of Capitalism*, Hart Publishing, 2010.

⁴⁴ *Supra*, nota 15.

⁴⁵ V. ora diffusamente MARTELLONI, *Lavoro, diritto e democrazia. La norma giuslavoristica in cerca di legittimazione: rilievi critici*, Cedam, 2018, spec. pp. 16 ss.

⁴⁶ DELMAS-MARTY, *Résister*, cit., pp. 36-37.

4. *Organizzazione internazionale del lavoro e Unione europea: la vana ricerca di un "ordine pubblico sociale" ultra-statuale*

Una tale dissociazione tra liberalizzazione economica (internazionale) e protezione (nazionale) dei diritti sociali è stata come ben noto posta alla base dell'accordo di Marrakech del 1994 con il quale è stata istituita l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)⁴⁷. L'orientamento di fondo dell'accordo di Marrakech è al riguardo emblematico, come ha osservato Tiziano Treu, visto che l'OMC ha "rifiutato sin dall'inizio di occuparsi di questioni attinenti alle clausole sociali nei trattati ritenendole di competenza esclusiva e separata dell'ILO": la quale, però, si è trovata a "elaborare regole, o meglio ipotesi di regole sociali, in isolamento rispetto alle dinamiche dei trattati commerciali e senza l'appoggio dei vantaggi e delle sanzioni di questi, oltre che senza la disponibilità di elementi normativi propri, a differenza di altri organismi internazionali"⁴⁸.

La "decisione fondamentale" del nuovo ordine del commercio internazionale – per riecheggiare nuovamente una formula schmittiana, non a caso rielaborata dalle dottrine ordoliberali della costituzione economica⁴⁹ – poggia dunque su tale dissociazione tra libertà economiche e diritti sociali. Il che segna in buona sostanza il totale rovesciamento della visione affermata nella dichiarazione di Filadelfia del 1944⁵⁰, che aveva ridisegnato la missione dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) prefigurando la fine della Seconda guerra mondiale nel nuovo ordine economico internazionale effettivamente dispiegatosi nel trentennio successivo⁵¹ (e che John Gerard Ruggie ha icasticamente definito *embedded liberalism*)⁵².

Che il ruolo dell'OIL abbia subito un graduale declino e una sorta di

⁴⁷ Cfr. in generale PERULLI A., *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, 1999.

⁴⁸ TREU, *Globalizzazione e diritti umani. Le clausole sociali nei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra imprese*, SM, 2017, pp. 7 ss., qui p. 8.

⁴⁹ Cfr. di recente HIEN, JOERGES (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Hart Publishing, 2017.

⁵⁰ SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 63.

⁵¹ Cfr. pure PERULLI A., *The Declaration of Philadelphia*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".-INT-143/2018.

⁵² V. RUGGIE, *International Regimes, Transactions, and Change. Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, *International Organization*, 1982, vol. 36, pp. 379 ss.; ID. (ed.), *Embedding Global Markets. An Enduring Challenge*, Ashgate, 2008.

appannamento in parallelo con il decollo della terza globalizzazione⁵³, con l'entrata in vigore del nuovo sistema multilaterale di libero scambio nel 1995 e il successivo ingresso della Cina nella OMC nel 2001, è osservazione sulla quale esiste un consenso pressoché unanime⁵⁴. Il declino è “marcato”⁵⁵ soprattutto se lo si valuta dal punto di vista della adozione di *standard* minimi di carattere universale attraverso il tradizionale strumento convenzionale ed ancor più se si considera l'effettività di tale dimensione – un tempo centrale – dell'azione dell'OIL. L'OIL ha cercato di rilegittimare il proprio ruolo percorrendo strategie nuove e alternative al metodo convenzionale (e al tripartitismo) classico⁵⁶, ritenute maggiormente congeniali alla natura fluida e flessibile dei nuovi processi di *governance* policentrica della globalizzazione. L'Organizzazione si è per questo essenzialmente affidata – in modo talvolta innovativo – alle tecniche della *soft law* e del diritto “riflessivo”⁵⁷, anche ingegnosamente rivisitate, come dimostra emblematicamente la proclamazione, nel 1998, dei *core labour standards*⁵⁸.

L'effettiva incidenza di queste tecniche è però oggetto di discussione ed è quanto meno problematica. Il limite strutturale di tali iniziative è infatti costituito proprio dal loro carattere spiccatamente volontaristico, per cui – in assenza di un effettivo impegno da parte degli Stati nazionali – il reale impatto di questi strumenti rischia di essere estremamente ridotto. Anche le proposte che puntano ad un rilancio dell'OIL come attore centrale di un potenziale “mercato per la giustizia sociale”, con un ruolo affidato ad un potenziamento delle sue “capacità persuasive” e di *moral suasion*, scontano lo stesso limite di fondo⁵⁹.

⁵³ Per questa periodizzazione CROUCH, *The Globalization Backlash*, cit., pp. 18 ss. Diversi sono i criteri storico-dogmatici che ispirano la nota periodizzazione proposta da KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in TRUBEK, SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, 2006, pp. 19 ss.

⁵⁴ Cfr. HEPPLE, *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, 2005, pp. 5 ss.

⁵⁵ Ivi, 35.

⁵⁶ Esso stesso, secondo molti osservatori, un fattore di freno – oggi – della attività dell'OIL: v. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, cit., pp. XXXVI ss.

⁵⁷ Cfr. in generale ROGOWSKI, *Reflexive Labour Law in the World Society*, Edward Elgar, 2013, spec. pp. 189 ss.

⁵⁸ *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* (per un'analisi della quale v. per tutti SERVAIS, *International Labour Law*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 99 ss.).

⁵⁹ V. in tal senso MAUPAIN, *The Future of the International Organization in the Global Economy*, Hart Publishing, 2013, pp. 225 ss.

La stessa Unione europea – che a livello regionale ha senza dubbio storicamente costituito l’espressione più avanzata e riuscita del compromesso dell’*embedded liberalism*⁶⁰, almeno sino alla metà degli anni ottanta dello scorso secolo⁶¹ – si è altrettanto rapidamente allontanata dal proprio originario paradigma di intervento nel campo delle politiche sociali e rappresenta oggi il caso forse più emblematico di mutamento costituzionale del ruolo dello Stato nell’economia, in particolare nella organizzazione dei sistemi di protezione sociale e nella regolamentazione dei rapporti di lavoro⁶². “L’Europa – è stato osservato –, oggi, definisce la natura dei nostri sistemi sociali più delle relazioni ‘interne’ fra capitale e lavoro, sovra-determinando lo spazio giuridico-politico entro cui agiscono le soggettività in conflitto e si attua il bilanciamento degli interessi. E pertanto, o i nuovi poteri transnazionali, situati al di fuori del quadro comunitario, vengono velocemente riannodati al progetto europeista, o gli Stati (e gli interessi organizzati che vivono al loro interno), e così pure i loro ordinamenti, sono destinati a manifestarsi sempre di più come entità cedevoli, ma non già per costituire una comunità più ampia fondata sulle tradizioni costituzionali comuni quanto piuttosto per ubbidire a impulsi eteroclitici funzionali alla regolazione del mercato”⁶³. Lo spazio per coltivare la legittima diversità delle forme di capitalismo democratico e dei modelli sociali nazionali – assicurato alle origini del processo integrativo e, sia pure con vincoli crescenti, ancora astrattamente preservato dal Trattato di Lisbona – è stato drammaticamente ristretto dal nuovo diritto europeo della crisi, soprattutto a scapito dei paesi “debitori” della periferia dell’eurozona⁶⁴.

⁶⁰ Cfr. MECHI, *L’Organizzazione Internazionale del Lavoro e la ricostruzione europea. Le basi sociali dell’integrazione economica (1931-1957)*, Ediesse, 2012, spec. pp. 168 ss.

⁶¹ V., volendo, GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, Il Mulino, 2003.

⁶² Cfr. solo STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, trad. it., Feltrinelli, 2013; FERRERA, *Rotta di collisione. Euro contro welfare?*, Laterza, 2016.

⁶³ CARUSO, FONTANA, *Introduzione a Idd. (a cura di), Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, 2015, pp. 7 ss., qui p. 8.

⁶⁴ V. *ex multis* JOERGES, GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, RCD, 2016, pp. 343 ss.; GIUBBONI, *Stato sociale, integrazione e disgregazione europea*, in MASALA (ed.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 79 ss.

5. *Diritto europeo della crisi*

Le istituzioni del *welfare* democratico nazionale – nella complessa ramificazione delle diverse tradizioni sociali, politiche e sindacali europee, essa stessa straordinariamente accresciuta dal grande allargamento ad est dell’Unione – sono indubbiamente al centro della crisi europea. Il diritto europeo della crisi – come viene ormai individuato con formula sintetica quell’insieme assai eterogeneo di misure stratificatesi a partire dal 2011 per gestire le crisi finanziarie e in particolare la crisi dei debiti sovrani – ha determinato un profondo mutamento costituzionale, che ha investito la natura, i metodi, la finalità stessa del processo integrativo, incidendo in modo decisivo sul rapporto tra costituzione economica europea e istituzioni del *welfare state* nazionale.

La nuova *governance* economica dell’Unione (e della UEM in particolare) ha stretto ancora di più la “morsa” – con effetti destabilizzanti visibili soprattutto negli Stati membri maggiormente esposti alla crisi, ma in realtà registrabili anche nei sistemi più forti, come quello tedesco⁶⁵ –, assegnando una netta priorità costituzionale ai principi cardine della *Ordnungspolitik* ordoliberal (apertura del mercato e libertà di concorrenza; pareggio di bilancio e politiche di consolidamento fiscale assicurate da rigidi meccanismi sovranazionali, sia preventivi che sanzionatori; divieto generale di *bail-out* e assistenza finanziaria subordinata al rispetto di criteri di stretta condizionalità; definizione del mandato della Banca centrale, costituzionalmente del tutto indipendente, in funzione dell’obiettivo prioritario della stabilità dei prezzi). La conseguenza è che gli spazi sociali nazionali sono stati convertiti – come è stato detto – “in variabili di aggiustamento la cui funzione è quella di contribuire al raggiungimento degli obiettivi dell’Unione monetaria. Ma tale trasformazione altera l’equilibrio tra la dimensione economica e quella sociale dell’ordinamento dell’Unione europea, deformando uno dei tratti essenziali della sua identità costituzionale”⁶⁶.

L’ambiente macroeconomico della eurozona è, oggi, particolarmente ostile allo Stato sociale, o almeno ad alcune varianti nazionali di tale mo-

⁶⁵ Cfr. BACCARO, HOWELL, *Trajectories of Neoliberal Transformation European Industrial Relations since the 1970s*, Cambridge University Press, 2017, pp. 97 ss.

⁶⁶ COSTAMAGNA, *National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU: A Critical Legal Appraisal*, *ELJ*, 2018, vol. 24, pp. 163 ss., qui p. 164.

dello⁶⁷. Al di là dei vincoli posti dalle regole del Patto di stabilità, che gravano notoriamente in modo profondamente asimmetrico sugli Stati membri in relazione principalmente al livello dello *stock* di debito pubblico accumulato⁶⁸, la frizione di fondo opera *sub specie* di strisciante “svuotamento”⁶⁹ dei contenuti dei processi democratici nazionali⁷⁰. Se un tempo le politiche sociali costituivano il dominio della *politics* democratica e delle decisioni di solidarietà redistributiva di governi e parlamenti nazionali, oggi le regole della *governance* economico-finanziaria europea traslano una parte sempre più significativa dei contenuti di tali processi deliberativi al livello sovranazionale. Ma questo rimane impermeabile a qualunque tentativo di democratizzazione e di istituzionalizzazione di forme di *accountability* democratica⁷¹, visto che il cuore dei processi decisionali si consuma in un inedito sistema di “federalismo esecutivo postdemocratico”⁷², che marginalizza non solo i parlamenti nazionali ma anche il ruolo dello stesso Parlamento europeo⁷³. La scissione tra democrazia e potere economico sembra essere il nuovo principio di struttura del diritto sovranazionale⁷⁴.

⁶⁷ V. principalmente FERRERA, *Rotta di collisione*, cit., pp. 50 ss.

⁶⁸ Di qui la straordinaria fragilità della posizione italiana, che ha storicamente costruito il suo peculiare modello di “democrazia distributiva” sulla crescita esponenziale del debito pubblico, nel sostanziale fallimento dei tentativi – sperimentati con alterne fortune dal 1992 – di allineare il livello dell’indebitamento complessivo a quello previsto sin dal Trattato di Maastricht: cfr. L. DI NUCCI, *La democrazia distributiva. Saggio sul sistema politico dell’Italia repubblicana*, Il Mulino, 2016, spec. pp. 12, 50 e 101 ss.

⁶⁹ Cfr. in generale l’ormai classico studio di MAIR, *Ruling the Void. The Hollowing out of Western Democracy*, Verso, 2013, nonché BROWN, *Undoing the Demos. Neoliberalism’s Stealth Revolution*, Zone Books, 2015.

⁷⁰ Cfr. in generale DARDOT, LAVAL, *Guerra alla democrazia. L’offensiva dell’oligarchia neoliberista*, tra. it., DeriveApprodi, 2016, spec. pp. 67 ss.; FAZI, MITCHELL, *Sovranità o barbarie*, cit., pp. 135 e 169 ss.

⁷¹ Per una proposta in tal senso (che per quanto minimale è apparsa tuttavia subito velleitaria) v. HENNETTE, PIKETTY, SACRISTE, VAUCHEZ, *Democratizzare l’Europa! Per un Trattato di democratizzazione dell’Europa*, trad. it., La Nave di Teseo, 2017.

⁷² Per usare la formula di HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, trad. it., Laterza, 2011, pp. 43 ss.; mentre JOERGES, *Three Transformations of Europe and the Search for a Way Out of its Crisis*, in JOERGES, GLINSKI (eds.), *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance*, Hart Publishing, 2014, pp. 25 ss., preferisce rifarsi a quella (di ascendenza helleriana) di “managerialismo autoritario”.

⁷³ Cfr. e.g. CRAMME, HOBOT (eds.), *Democratic Politics in a European Union under Stress*, Oxford University Press, 2015.

⁷⁴ BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2018, III, pp. 1 ss., spec. pp. 43 ss.

Ma è a ben vedere la stessa “costituzione microeconomica” dell’Unione⁷⁵ – ovvero le regole del mercato interno – ad esercitare una pressione inusitata, e parimenti trasversale, sui sistemi di *welfare* e di diritto del lavoro degli Stati membri. Le libertà economiche fondamentali garantite dai Trattati hanno profondamente ridisegnato le regole del gioco cui rimangono tendenzialmente assoggettati gli stessi sistemi di protezione sociale degli Stati membri, che pure mantengono un certo grado di autonomia nell’organizzazione dei rispettivi regimi in quanto deputati a perseguire obiettivi di interesse generale. Nondimeno, anche su questo piano la consacrazione del primato della libertà d’impresa⁷⁶, con il corollario di una tendenziale costituzionalizzazione del principio della libertà contrattuale (datoriale) alla luce dell’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea⁷⁷, incide potenzialmente in profondità sugli spazi di autonomia un tempo garantiti ai legislatori nazionali nel disegnare i regimi protettivi dei rapporti di lavoro.

Nel tentativo di una concettualizzazione unitaria dei meccanismi di governo dell’economico e del sociale operanti oggi all’interno dell’Unione europea, Luca De Lucia ha fatto ricorso alle categorie foucaultiane del “pastorato” e del “disciplinamento”⁷⁸. La figura del pastorato appare particolarmente adatta a descrivere la logica operativa del nuovo diritto europeo della crisi, nella sua pretesa totalizzante a farsi precetto minuto e quotidiano dei comportamenti virtuosi di ogni singola unità (in primo luogo statale) operante nel sistema. Il pastorato condensa infatti “un insieme di tecnologie incentrate su un regime di verità, finalizzate ad assistere, persuadere e indirizzare le condotte di coloro che vi sono assoggettati in vista della loro stessa salvezza”⁷⁹. La dimensione più coercitivo-imperativa del disciplinamento – pure esaltata dalle regole della nuova *governance* dell’Unione – ha ragione di intervenire solo ove uno Stato si discosti dallo (o addirittura osi

⁷⁵ Per questa nozione TUORI, *European Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2015, pp. 127 ss.

⁷⁶ Cfr. diffusamente SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Il Mulino, 2015, spec. pp. 157 ss.

⁷⁷ V. in particolare le sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea nella cause C-426/11, *Alemo-Herron*, e C-201/15, *AGET Iraklis* (su cui *amplius* GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Cedam, 2017, pp. 55 ss.).

⁷⁸ DE LUCIA, “Pastorato” e “disciplinamento” nella *governance economica europea. Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, DP, 2015, pp. 867 ss.

⁷⁹ Ivi, p. 882.

mettere in discussione lo)⁸⁰ specifico regime di verità introiettato dal sistema, contestando la pretesa di “veridizione” del mercato⁸¹.

6. *Proclamazione e dissolvenza dei diritti sociali in Europa*

Diventa allora agevole, su queste premesse analitiche, comprendere le ragioni di fondo – strutturali – che hanno impedito alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, e più in generale alle carte che affollano (non di rado sovrapponendosi e intersecandosi) lo spazio giuridico dell’Europa contemporanea, di mantenere le tante promesse suscitate sin dalla solenne proclamazione fattane a Nizza all’alba del nuovo millennio⁸². Il processo di “costituzionalizzazione” dei diritti sociali al livello dell’ordinamento euro-unitario – culminato con l’attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei trattati (art. 6 TUE) – non è infatti, e con ogni evidenza, riuscito a garantire il risultato più rilevante per il quale era stato immaginato, vale a dire ridurre la storica asimmetria tra logica del mercato integrato e protezione (anche) sovranazionale dei diritti di “solidarietà”⁸³.

⁸⁰ Come ha ad un certo punto tentato di fare maldestramente il Governo italiano in carica con l’iniziale disegno della legge di bilancio 2019.

⁸¹ FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, trad. it., Feltrinelli, 2005, pp. 35 ss., il quale riferisce all’ordoliberalismo tedesco la più compiuta espressione di tale concezione. Sono infatti gli ordoliberali tedeschi a chiedere “all’economia di mercato di fungere, di per sé, non tanto da principio di limitazione dello stato, bensì da principio di regolazione interna dello stato, in tutta l’estensione della sua esistenza e della sua azione. In altri termini, invece di accettare una libertà di mercato, definita dallo stato e mantenuta in qualche modo sotto sorveglianza statale [...], gli ordoliberali sostengono che bisogna rovesciare interamente la formula e porre la libertà di mercato come principio organizzatore e regolatore dello stato, dall’inizio della sua esistenza sino all’ultimo dei suoi interventi. Detto altrimenti: uno stato sotto la sorveglianza del mercato, anziché un mercato sotto la sorveglianza dello stato” (ivi, p. 108). La preveggenza lezione di Foucault è ripresa e sviluppata – con una riproposizione aggiornata della comparazione tra neoliberalismo nordamericano e ordoliberalismo tedesco (che proprio nelle regole della *governance* economica europea trovano un singolare punto d’incontro) – da DE CAROLIS, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Quodlibet, 2017, pp. 48 ss.

⁸² Cfr. LO FARO, *L’Europa sociale senza la Carta. L’Europa sociale oltre la Carta?*, DLRI, 2018, pp. 761 ss.

⁸³ V. pure GARBEN, *The Constitutional (Im)balance between “the Market” and “the Social” in the European Union*, *European Constitutional Law Review*, 2017, vol. 13, pp. 23 ss.; ROBIN-OLIVIER, *Fun-*

Non è un caso che le istituzioni sovranazionali abbiano avvertito l'esigenza di rilanciare almeno simbolicamente la dimensione sociale dell'Unione con la solenne proclamazione inter-istituzionale di un Pilastro europeo dei diritti sociali in occasione del vertice di Göteborg del novembre 2017: una sorta di pubblica manifestazione di attaccamento ai valori sanciti in particolare dal titolo IV della Carta di Nizza che suona, però, al contempo, come confessione del loro tradimento nei fatti negli anni della lunga crisi dell'Unione. Un atto di impegno solenne (ancorché non vincolante sul piano giuridico) e, insieme, una pubblica manifestazione di impotenza, potendosi esprimere fondati dubbi, come si è fatto altrove⁸⁴, che una tale iniziativa possa effettivamente sortire l'effetto di favorire un riequilibrio tra dimensione economica e dimensione sociale dell'integrazione europea.

Nell'eludere la questione di fondo della riforma della *governance* economico-finanziaria dell'Unione come asimmetricamente ridisegnata dal *Fiscal Compact*, il Pilastro, d'altra parte, assai difficilmente potrà avere un qualche influenza (oltre, appunto, che sulle politiche effettivamente attuate) sugli stessi orientamenti della Corte di giustizia. Quest'ultima, peraltro, ha più recentemente dato qualche timido segnale di temperamento del rigido dogmatismo neoliberale che ha dominato l'intera sua giurisprudenza della crisi, a partire dalle famose sentenze *Laval* e *Viking* della fine del 2007⁸⁵.

Con le recenti sentenze *Florescu*⁸⁶ e *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*⁸⁷, la Corte di giustizia sembra aver almeno parzialmente superato, o per lo meno ridimensionato, l'orientamento che sino a ieri escludeva, in pratica, la possibilità di sindacare alla stregua dei parametri rivenienti dai diritti fondamentali garantiti dall'Unione misure sociali restrittive adottate dagli Stati membri nell'ambito di politiche di consolidamento fiscale "negoziate" con le (ma *de facto* imposte dalle) istituzioni sovranazionali.

Ma è bene rammentare che si tratta di orientamenti ancora molto timidi

damental Rights as a New Frame: Displacing the Acquis, ivi, 2018, vol. 14, pp. 96 ss.; DAVIES, *How Has the Court of Justice Changed its Management and Approach towards the Social Acquis?*, ivi, pp. 154 ss.

⁸⁴ GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, *QC*, 2017, pp. 909 ss.; ID., *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, *PD*, 2018, pp. 557 ss.

⁸⁵ Cause, rispettivamente, C-341/05 e C-438/05. Esiste come ben noto un'amplissima letteratura (prevalentemente critica) su queste sentenze: v. per tutti FREEDLAND, PRASSL (eds.), *Viking, Laval and Beyond*, Hart Publishing, 2016.

⁸⁶ Causa C-258/14.

⁸⁷ Causa C-64/16.

e che le ragioni di fondo della asimmetria costituzionale tra logica del mercato (libertà economiche e istanze “pastorali” o “disciplinari” di consolidamento fiscale) e diritti sociali non sono realmente affrontate dal Pilastro proclamato a Göteborg, che sembra per contro pensato piuttosto per eluderle (a garanzia di uno *status quo* reputato fondamentalmente vantaggioso dal blocco dei paesi “creditori” guidato dalla Germania).

In mancanza di politiche sociali sovranazionali, il difficile compito di fornire le necessarie risposte di protezione sociale senza scardinare i meccanismi di integrazione – nel mercato interno come in quello globale – è dunque ancora una volta rimesso allo Stato. Ma poiché ciò genera inevitabili tensioni tra le due opposte logiche, è inevitabile che, per svolgere la propria funzione di protezione sociale, almeno entro certi limiti lo Stato debba riaffermare istanze di chiusura contro la logica della concorrenza e della competizione regolativa nel mercato aperto. Il “trilemma della globalizzazione” – come ha dimostrato Dani Rodrik⁸⁸ – non offre soluzioni alternative: se non si intendono sacrificare del tutto i principi fondamentali di democrazia politica e si vuole ad un tempo preservare l’autodeterminazione degli Stati, è necessario che questi ultimi reintroducano (o mantengano, dove ancora non hanno abdicato al potere di stabilirli, come in materia di immigrazione per motivi economici alla stregua del diritto internazionale generale) dei limiti alla libertà di circolazione dei “fattori produttivi” (merci, capitale e – inevitabilmente – lavoro).

Lo stesso diritto euro-unitario – nella sostanziale impossibilità per l’Unione di garantire *standard* minimi comuni ai ventotto (e presto ai ventisette) Stati membri – si è visto costretto a riconoscere spazi maggiori per la legittima protezione dei mercati (e, in definitiva, degli ordinamenti) del lavoro nazionali contro il gioco della competizione regolativa e del *dumping* salariale alimentato dal dispiegarsi delle libertà economiche nel mercato interno dei servizi. La recente direttiva 2018/957/UE, di revisione della direttiva 96/71/CE in tema di distacco nell’ambito di una prestazione di servizi, nel ristabilire un obbligo di tendenziale parità di trattamento retributivo nei confronti dei lavoratori distaccati, ripristina a ben vedere – almeno in parte – una sorta di “scudo protettivo” del diritto del lavoro nazionale contro la concorrenza al ribasso sul costo del lavoro nel mercato interno⁸⁹. Ma si tratta di spazi di protezione – e

⁸⁸ RODRIK, *The Globalization Paradox*, cit., pp. 184 ss.

⁸⁹ Cfr. GIUBBONI, ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi, DLRI*, 2018, pp. 907 ss.

se si vuole di istanze protezionistiche, visto che i sistemi di solidarietà collettiva vengono qui per l'appunto invocati come scudo protettivo contro la concorrenza regolativa e il *dumping* salariale transnazionale⁹⁰ – che si espongono a immediate contestazioni in nome del libero esercizio della prestazione dei servizi e della libertà d'impresa nel mercato unico⁹¹. Come sta avvenendo proprio nel caso della nuova direttiva sul distacco, contro la cui revisione ha difatti subito presentato ricorso per annullamento l'Ungheria⁹², che rappresenta peraltro una posizione largamente condivisa dai paesi dell'Europa dell'Est, i principali beneficiari della giurisprudenza *Laval*.

7. Attori collettivi transnazionali alla (difficile) ricerca di un ruolo

Nella crescente frammentazione dei regimi internazionali⁹³, il tentativo di frapporre limiti sociali, a tutela dei diritti dei lavoratori, alla invadenza del gioco competitivo globale non si svolge peraltro soltanto – e con le difficoltà rilevate – al livello degli Stati. Anche gli attori collettivi che si muovono nella dimensione transnazionale – federazioni sindacali internazionali, comitati aziendali istituiti nelle grandi imprese multinazionali (europee), organizzazioni non governative – hanno da tempo messo in campo strategie volte a contrastare le conseguenze deteriori e più deleterie della concorrenza globale, per promuovere – dal basso e in forma reticolare – una embrionale dimensione sociale della globalizzazione. Tali strategie soffrono, tuttavia, come è intuibile, di limiti ancor più penetranti, anzitutto sul piano della effettività, di quelli che affliggono l'azione degli Stati.

La stessa contrattazione collettiva transnazionale – che pure ha conosciuto in questi anni un certo sviluppo grazie al sostegno indirettamente derivante dalla direttiva sui comitati aziendali europei – costituisce fenomeno a ben vedere ancora marginale⁹⁴, che non riesce – allo stato – ad arricchire

⁹⁰ Cfr. GIUBBONI, *La solidarietà come "scudo". Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, QC, 2018, pp. 585 ss.

⁹¹ Cfr. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, 2013.

⁹² V. il ricorso proposto il 2 ottobre 2018 dall'Ungheria nei confronti del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea, causa C-620/18.

⁹³ Cfr. FERRARESE, *Il diritto internazionale come scenario di ridefinizione della sovranità degli Stati*, SM, 2017, pp. 79 ss.

⁹⁴ Cfr. più di recente GUARRIELLO, STANZANI (a cura di), *Sindacato e contrattazione nelle multinazionali. Dalla normativa internazionale all'analisi empirica*, Franco Angeli, 2018.

con contenuti di tutela effettivamente innovativi le pratiche di “responsabilità sociale” delle imprese multinazionali (esse stesse, peraltro, il più delle volte di assai discutibile rilievo effettivo)⁹⁵. L’elemento di maggior debolezza rimane la dimensione fondamentalmente volontaria – cioè non vincolante, opzionale, quando non meramente ottativa e aspirazionale – dei contenuti degli accordi collettivi transnazionali (*transnational company agreements*), come già dei codici di condotta delle imprese multinazionali⁹⁶. Ed è significativo che le proposte volte a introdurre un quadro giuridico vincolante, seppure solo opzionale, per dare a tali accordi una maggiore effettività⁹⁷, abbiano incontrato una accoglienza e un sostegno piuttosto blandi da parte della stessa Confederazione europea dei sindacati: un appoggio flebile che si è dimostrato evidentemente insufficiente a contrastare la decisa (e decisiva) opposizione “di principio” delle organizzazioni datoriali.

Non si può del resto sottacere che il limite principale – il limite strutturale, diremmo nuovamente – di tali incipienti forme di traslazione sul piano transnazionale di pratiche, per quanto minimali e solo embrionali, di contrattazione collettiva sia costituito dalla assenza (o comunque dalla oggettiva difficoltà di emersione) di un vero e proprio interesse collettivo unitariamente articolabile a tale livello. Non è un caso che a manifestare un qualche segnale di vitalità siano essenzialmente le pratiche negoziali che si svolgono a livello dei gruppi multinazionali in cui sono attivi i comitati aziendali previsti dalla direttiva 2009/38/CE (di rifusione della originaria direttiva 94/45/CE). La contrattazione collettiva di settore – che pure gode da oltre

⁹⁵ Per un riepilogo delle questioni v., da ultimo, CONTE, *L’impresa responsabile*, Giuffrè, 2018, e, in precedenza, PERULLI A. (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese. Idee e prassi*, Il Mulino, 2013.

⁹⁶ Per uscire da una tale dimensione – e restituire effettività (e coercibilità) agli impegni al rispetto dei diritti umani e degli *standard* fondamentali in materia di protezione dei lavoratori –, si rivela alla fine sempre necessario l’intervento dello Stato, come dimostra la recente legge francese relativa alla vigilanza sulle imprese multinazionali aventi sede legale in Francia (*Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre*, n. 2017-399, del 27 marzo 2017). V. ADDANTE, *Obblighi di due diligence per le imprese multinazionali francesi nel difficile bilanciamento tra profitto e responsabilità*, in *Diritti Comparati* (disponibile in <http://www.diritticomparati.it>).

⁹⁷ Cfr. SCIARRA, FUCHS, SOBCZAK, *Verso un quadro giuridico per gli accordi transnazionali d’impresa. Rapporto alla Confederazione europea dei sindacati*, QRS, 2014, pp. 153 ss. [ed ivi, pp. 143 ss., la mia nota introduttiva: *Come (e perché) sostenere la contrattazione collettiva transnazionale d’impresa in Europa*]. Ma v. già prima ALES et al., *Transnational Collective Bargaining. Past, Present and Future*, Bruxelles, 2005.

vent'anni del sostegno istituzionale della Commissione europea, in forza di previsioni normative che il Trattato di Lisbona ha, almeno sulla carta, persino potenziato – rimane fenomeno sostanzialmente asfittico, la cui resilienza è stata peraltro messa a dura prova dalla recente crisi economica⁹⁸.

D'altra parte, è l'intera impalcatura istituzionale dell'Unione europea a rivelare un *deficit* decisivo, che costituisce anzi la più vistosa contraddizione rispetto agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri⁹⁹. L'articolo 153, par. 5, del TFUE continua infatti ad escludere espressamente dalla competenza legislativa unionale in materia di politica sociale le retribuzioni, il diritto di associazione, il diritto di sciopero e la serrata, vale a dire il “nucleo duro” di qualunque sistema di relazioni sindacali. Nonostante la previsione contenuta nell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, infatti, “un ostacolo istituzionale all'affermarsi della contrattazione comunitaria è rappresentato dalla incertezza dello statuto giuridico europeo dello sciopero”¹⁰⁰.

Tale contraddizione – nel dissociare il conflitto collettivo dalla contrattazione (come avvenuto paradigmaticamente nei casi *Laval* e *Viking*) – potrà pure essere ritenuta coerente con l'idea, dominante oggi nel disegno costituzionale dell'Unione, che il sindacato sia null'altro che uno *stakeholder*, al pari di altri attori collettivi, del complesso sistema di *governance* (tecnocratica e post-democratica) cui è affidato il compito di gestire l'integrazione economico-finanziaria, garantendone il corretto funzionamento “conforme al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza” (come recita l'art. 119, par. 1 e 2, TFUE). Ma questa idea – di un “governo senza regole o senza diritto, o meglio di governo mediante *soft law*, vale a dire mediante provvedimenti o *standards* manageriali o aziendali opportunisticamente o strumentalmente legati al raggiungimento di un risultato, *Zweckorientiert*, non vincolati a principi o valori normativi”¹⁰¹ – ci appare fondamentalmente incompatibile con l'essenza stessa della contrattazione collettiva, che è espressione di autonomia negoziale e quindi di libertà

⁹⁸ Cfr. GIUBBONI, *L'Unione europea e le relazioni sindacali: un bilancio critico*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1 del 2019, pp. 59 ss.

⁹⁹ “A contradiction at the heart of the Community”: LORD WEDDERBURN, *Employment Rights in Britain and Europe*, London, 1991, pp. 332–333. V. anche SCIARRA, *Social Values and the Multiple Sources of European Social Law*, ELL, 1995, vol. 1, n. 1, pp. 60 ss., spec. p. 78.

¹⁰⁰ TREU, *La contrattazione collettiva in Europa*, DRI, 2018, pp. 371 ss., qui p. 397.

¹⁰¹ LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, MCG, 2017, fasc. 1, pp. 31 ss., qui p. 33.

sociale, e in definitiva spiega il sostanziale fallimento del tentativo, per come si è svolto sino ad oggi, di incoraggiarne lo sviluppo oltre i confini degli Stati nazionali.

8. Conclusioni (con qualche provocazione per il dibattito)

Come ha recentemente ricordato Treu, la proiezione delle norme di diritto del lavoro oltre i confini nazionali “trova un limite di efficacia nel fatto che gli strumenti di definizione e di implementazione delle regole dipendono ancora dalla autorità e dai poteri statali”¹⁰². La conclusione cui si deve pervenire, allora, è che “l’azione degli Stati è importante, anzi necessaria, per fronteggiare gli effetti negativi che una globalizzazione non regolata può avere sulle condizioni di vita e sulla stessa identità dei cittadini. Non aver fatto abbastanza per proteggere i cittadini e i lavoratori, specie quelli che sono stati definiti i perdenti della globalizzazione, ha alimentato le proteste e le reazioni popolari di stampo populista e nazionalista, diffuse in molti paesi e che si sono scaricate sulla politica”¹⁰³.

Occorre anzi avere l’onestà di riconoscere che l’aver sottovalutato queste diffuse e motivate istanze di protezione sociale è stato un errore fatale per la sinistra¹⁰⁴, che deve a questa grave responsabilità buona parte delle ragioni del suo tracollo in tutta Europa¹⁰⁵. È questo un fallimento di portata storica, che getta un’ombra inquietante sul futuro dell’integrazione europea. Rimediarevi è molto difficile: “il vuoto lasciato dalle sinistre è stato riempito dal populismo. E questo perché la lettura meramente finanziaria da parte del pensiero economico neoliberalista è stata funzionale alle politiche di austerità volte a non intaccare l’attuale modello e a far pagare la crisi alla classe media e ai lavoratori. Ne è scaturito che, per la debolezza critica di un riformismo

¹⁰² TREU, *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, IT/371-2018, p. 21.

¹⁰³ Ivi, p. 22.

¹⁰⁴ Ma è deriva che coinvolge l’intero Occidente democratico, come dimostrano gli Stati Uniti di Trump e, ora, il Brasile di Bolsonaro. Cfr. RODRIK, *Straight Talk on Trade*, cit., pp. 261 ss.; STRECK, *Taking Back Control? The Future of Western Democratic Capitalism*, in *Efil Journal of Economic Research*, 2018, vol. 1, n. 3, pp. 30 ss.

¹⁰⁵ Lo riconosce ora senza infingimenti OCCHETTO, *La lunga eclissi. Passato e presente del dramma della sinistra*, Sellerio, 2018.

minimalista, ci siamo trovati davanti a uno scherzo della storia che sfiora il paradosso: la risposta è infatti venuta da una rivolta populista e di destra, facilitata dalla corresponsabilità di gran parte della sinistra nell'accettazione, a volte compartecipe e a volte silente, del paradigma neoliberista¹⁰⁶.

Non sbaglia, allora, chi – invocando un riformismo radicale e un “populismo di sinistra”¹⁰⁷ – indica nel ribaltamento del paradigma neoliberista la via maestra per ripensare la globalizzazione in una prospettiva di giustizia e progresso sociale. Ciò a partire da una riscoperta delle virtù rimosse del conflitto sociale¹⁰⁸, fenomeno quasi tabuizzato dalla logica (sotto questo profilo profondamente e schiettamente antidemocratica) della *governance* economica europea¹⁰⁹. La macchina governamentale europea è innegabilmente pensata per neutralizzare il conflitto distributivo (tra Stati membri, regioni, e in definitiva tra gruppi e categorie sociali), erigendo una fitta trama di vincoli tecnici e regole numeriche – eppure intensamente caratterizzare sul piano politico-ideologico nel favorire gli interessi (nazionali ed economici) dominanti – aventi la pretesa di predeterminare, in larga parte, gli esiti di quel conflitto¹¹⁰. Ma è più in generale la dinamica della globalizzazione ad aver spiazzato le forme tradizionali di rivendicazione e conflitto collettivo.

È necessario esplorare forme nuove – volte a ripristinare una capacità di azione collettiva estesa oltre i confini nazionali e in certo modo socialmente trasversale – come ad esempio quella (suggerita da Supiot) di “*formes d'action collectives ternaires, qui mobilisent aussi les consommateurs ou les investisseurs et sont une arme adaptée aux formes actuelles d'exercice de la liberté d'entreprendre. Et ouvrir ainsi largement la palette d'actions collective internationales, susceptibles de faire contrepoids à la libre circulation des marchandises et de capitaux*”¹¹¹. Le recenti azioni di sciopero contro Ryanair, efficacemente coordinate a livello europeo, segnalano le indubbie potenzialità del conflitto collettivo in Europa, pur a

¹⁰⁶ Ivi, p. 15.

¹⁰⁷ MOUFFE, *For a Left Populism*, Verso, 2018.

¹⁰⁸ Del conflitto sociale, come forma più ampia e comprensiva di quello propriamente collettivo, e dunque oltre il perimetro e la capacità di mobilitazione dei sindacati, indubbiamente indeboliti in questi anni: cfr. ORLANDINI, *Conflitto collettivo*, in *ED - Annali*, vol. IX, 2016, pp. 95 ss.

¹⁰⁹ Cfr. GUAZZAROTTI, *La subordinazione degli Stati*, cit., p. 390, e SOMMA, *Verso il postdiritto?*, cit., pp. 90 ss.

¹¹⁰ Cfr. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres. Course au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, pp. 243 ss.

¹¹¹ SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie*, cit., p. 141.

fronte della ambiguità e della rilevata debolezza del quadro normativo sovranazionale.

Se è necessario allargare i confini delle forme di solidarietà collettiva¹¹², costruendo una capacità di azione transnazionale virtualmente simmetrica alla apolidia e alla illimitata libertà di movimento di imprese e capitali, occorre però anche avere la consapevolezza delle grandi difficoltà e – nuovamente – dei limiti strutturali che condizionano siffatta prospettiva. Immaginare di ripristinare a livello sovranazionale, anche soltanto in Europa, e ancor più sul piano di una futuribile *governance* globale, una effettiva capacità di controllo sociale e democratico dei mercati, senza investire di questa missione fondamentale in primo luogo le istituzioni dello Stato nazionale, sarebbe semplicemente sbagliato, prima che illusorio. Come ha efficacemente osservato Dani Rodrik, “*the problem with hyperglobalization is not just that it is an unachievable pipe dream susceptible to backlash – after all, the nation-state remains the only game in town when it comes to providing the regulatory and legitimizing arrangements on which markets rely*”¹¹³.

Occorre allora ripartire dall’assunto che gli Stati nazionali “*have the right to protect their own regulations and institutions*”¹¹⁴. Evocare lo spettro del protezionismo sarebbe sbagliato: non si tratta di proteggere i sistemi economici nazionali mettendo in crisi il commercio internazionale¹¹⁵, ma – più al fondo – di riaffermare quella pretesa di controllo democratico dei mercati (anzitutto a garanzia del corretto funzionamento dei sistemi di *welfare* e di protezione

¹¹² Cfr. anche SCIARRA, *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge University Press, 2018, pp. 91 ss.

¹¹³ RODRIK, *Straight Talk on Trade*, cit., p. 13.

¹¹⁴ Ivi, p. 224.

¹¹⁵ Occorre del resto rammentare con franchezza che la grande ascesa della Cina come potenza industriale e commerciale ha potuto contare su un sistema di politiche neomercantilistiche ancora oggi largamente in piedi (RODRIK, *Straight Talk on Trade*, cit., p. 135). E che – guardando alla iper-globalizzazione europea – lo straordinario successo della Germania come potenza esportatrice non sarebbe stato possibile (di certo non nelle dimensioni che ha avuto specie dopo il 2009) senza una costituzione macroeconomica ritagliata su misura degli interessi di quel paese. In particolare, come spiega MINENNA (*Il non detto sul surplus della Germania, Il Sole 24 Ore* di domenica 10 febbraio 2019), il gigantesco avanzo commerciale tedesco non sarebbe stato possibile, in questi anni, senza il doppio rilevantissimo vantaggio competitivo derivante da una “germanizzazione dei tassi di interesse (cioè la convergenza dei tassi dei vari paesi membri verso quelli tedeschi)” e da “un’italianizzazione dei tassi di cambio per l’economia tedesca”, che le ha permesso “di operare con una valuta molto meno forte del marco per via della commistione con valute deboli come la lira”.

sociale e del lavoro) che è la ragion d'essere delle democrazie costituzionali d'Occidente. Ciò va oltre la questione dell'utilizzo di misure *anti-dumping*: “*the fairness argument extends beyond the dumping arena*”¹¹⁶.

L'argomento che potremmo chiamare della qualità democratica della globalizzazione esige infatti che gli Stati democratici debbano avere il potere di preservare la propria autonomia, non essendo accettabile che essa possa essere limitata – nella competizione economica internazionale – a vantaggio di sistemi che non rispettano i principi democratici e i diritti fondamentali dei lavoratori. È quindi dallo Stato nazionale che occorre ripartire per immaginare un diritto del lavoro oltre i suoi confini.

¹¹⁶ Ancora RODRIK, *Straight Talk on Trade*, cit., p. 229.

Abstract

Il saggio propone una mappa delle principali questioni regolative e politiche sollevate dal controverso rapporto tra diritto del lavoro e globalizzazione, sottolineando la perdurante centralità del ruolo degli Stati nazionali.

This article offers a critical overview of the issues arising from the complex relationship between labour law and globalisation, stressing the enduring relevance of the regulative role played by the nation States.

Key words

Diritto del Lavoro, globalizzazione, ILO, Unione Europea.

Labour law, globalisation, International Labour Organisation, European Union.

